

ADGANGEN TIL MIDLERTIDIG ANSETTELSE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-9 (1) BOKSTAV A)

Kandidatnummer: 569

Leveringsfrist: 27.04.09

Til sammen 15 303 ord

27.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Historikk	2
1.3	Nærmere avgrensninger og presiseringer	3
1.4	Tariffrettslig	4
1.4.1	Tariffavtalers betydning for aml. § 14-9 (1) a)	5
1.5	Internasjonal rett	5
1.6	Oppgavens videre struktur	6
<u>2</u>	<u>HENSYN</u>	<u>7</u>
2.1	Hensynet til arbeidsgiver og virksomheten	7
2.2	Hensynet til arbeidstaker	8
2.3	Avveining mellom kryssende hensyn	9
<u>3</u>	<u>FORMKRAV</u>	<u>10</u>
<u>4</u>	<u>TIDSPUNKT FOR VURDERING AV OM VILKÅRET I AML. § 14-9 (1) A) ER OPPFYLT</u>	<u>15</u>
<u>5</u>	<u>AML. § 14-9 (1) A): TO KUMULATIVE VILKÅR?</u>	<u>18</u>
<u>6</u>	<u>”NÅR ARBEIDETS KARAKTER TILSIER DET”</u>	<u>21</u>
6.1	Utgangspunkt	21

6.2	Nærmere om innholdet av ”arbeidets karakter”	22
6.2.1	”Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”	22
6.2.2	”Arbeidstaker bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag”	26
6.2.3	Arbeidsforholdets varighet	37
6.2.4	Organiseringen av arbeidsforholdet og partenes forutsetninger	41
6.2.5	Mangel på kvalifisert personell	42
<u>7</u>	<u>BETYDNINGEN AV AT ARBEIDSTAKER SELV ØNSKER MIDLERTIDIG ANSETTELSESAVTALE</u>	<u>47</u>
<u>8</u>	<u>OPPSUMMERING/KONKLUSJON</u>	<u>52</u>
<u>9</u>	<u>KILDER</u>	<u>54</u>
9.1	Litteraturliste	54
9.2	Lovregister	54
9.3	Direktiv	55
9.4	Forskrift	55
9.5	Forarbeider	55
9.6	Rettspraksis	57
9.6.1	Høyesterettsdommer	57
9.6.2	Lagmannsrettsdommer	57
9.6.3	Tingrettsdommer	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Etter arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-9 (1) 1. pkt er hovedregelen at arbeidstaker skal ansettes fast. En avtale om fast ansettelse innebærer at arbeidstaker tilsettes på ubegrenset tid, og at det kreves en saklig grunn for at arbeidsforholdet skal opphøre.¹ Aml. §§ 14-9 (1) bokstav a) til e), og 14-10, utgjør unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.

Bestemmelsene lister opp tilfeller hvor det lovlig kan inngås midlertidige ansettelsesavtaler. En avtale om midlertidig ansettelse kjennetegnes ved at den opphører uten videre, enten ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, jf. aml. § 14-9 (5) 1. pkt.

Rettstilstanden er resultatet av en avveining mellom styringshensyn for arbeidsgiver, og hensynet til stillingsvern for arbeidstaker.² Dersom det skulle være fri adgang til å inngå midlertidige ansettelsesavtaler, ville dette lett medføre at oppsigelsesvernet for arbeidstakere ble undergravet. På denne bakgrunn uttrykker aml. § 14-9 (1) hovedregelen om fast ansettelse, og oppstiller deretter temmelig snevre grenser for lovligheten av tidsbegrensede arbeidsavtaler.³

Oppgavens problemstilling er hvilken adgang det er til midlertidig ansettelse av arbeidstaker *"når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"*, jf. aml. § 14-9 (1) a). Jeg har valgt å skrive om akkurat denne unntaksbestemmelsen fordi det er den mest skjønnsmessige, og at behovet for rettslig avklaring derfor er størst her.

¹ Jf. aml. § 15-7

² Se bl.a. Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29

³ Se Jakhell (2007) side 242

Dersom ikke *"arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"*, og ingen av de øvrige unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, har arbeidstaker krav på et fast ansettelsesforhold, jf. aml. § 14-9 (1). I hvilken utstrekning det kan inngås midlertidige arbeidsavtaler etter aml. § 14-9 (1) a), må hele tiden vurderes opp mot den klare hovedregelen og de hensyn som ligger bak. Begrensningene i adgangen til å ansette midlertidig må også ses i lys av lovens formål om trygge ansettelsesforhold og et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1.

1.2 Historikk

Regler som regulerer rettstilstanden til midlertidig ansatte ble opprinnelig innført i arbeidervernloven av 17. desember 1956, men reguleringen besto da kun i en lovbestemt oppsigelsesfrist på én dag for et *"bestemt arbeid av forbigående art"*.⁴ Det var først ved arbeidsmiljøloven av 1977 at selve adgangen til midlertidig ansettelse ble regulert, og således undergitt betydelige restriksjoner i forhold til den frie adgangen som rådet før vedtakelsen av loven. Etter § 58 nr.7 ble adgangen til midlertidig ansettelse knyttet opp mot hva som fulgte av *"arbeidets karakter"*. Formålet med bestemmelsen var å forhindre omgåelse av oppsigelsesvernet, og i Rt-1985-1141 fastslo Høyesterett at lovens adgang til midlertidig ansettelse *"når arbeidets karakter tilsier det"* må tolkes strengt.⁵

Ved lovrevisjonen av 6. januar 1995 ble rettstilstanden gjort mer tilgjengelig, ved at adgangen til midlertidig ansettelse ble regulert i en egen paragraf, 58 A. I tillegg ble det foretatt en innstramming, ved tilføyelsen *"og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften."* Hva denne tilføyelsen betyr for adgangen til midlertidig ansettelse, kommer jeg nærmere tilbake til i punktene 5 og 6.

⁴ Jf. arbeidervernloven § 33

⁵ Rt-1985-1141, på side 1147

Da arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 ble vedtatt, innebar den nye § 14-9 en utvidning av adgangen til midlertidig ansettelse. Bestemmelsen åpnet for midlertidig ansettelse for en tidsbestemt periode, uten at det ble stilt nærmere vilkår til arbeidets karakter. Før bestemmelsen trådte i kraft, ble imidlertid de vedtatte oppmykninger reversert ved endringslov av 21. desember 2005. Reverseringen skjedde som en direkte konsekvens av regjeringsskiftet fra borgerlig til rød-grønn regjering etter stortingsvalget høsten 2005. Etter dette er adgangen til midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A i det store og hele videreført til dagens § 14-9. Uttrykket "*bedrift*" i § 14-9 (1) a) er endret til "*virksomhet*", uten at dette har noen materiell betydning.⁶ Nytt i arbeidsmiljøloven av 2005 er innføringen av rett til stillingsvern som fast ansatt dersom arbeidstaker har vært midlertidig ansatt i sammenhengende mer enn fire år, jf. § 14-9 (5) 2. pkt.

Hvilken adgang det skal være til midlertidig ansettelse har gjennom historien vært gjenstand for omfattende politisk debatt, noe prosessen rundt lovreformen i 2005 er en god illustrasjon på. Någjeldende § 14-9 legger som nevnt til grunn en klar hovedregel om fast ansettelse med snevre opplistede unntak, hvilket er et resultat av at lovgiver har ansett hensynet til trygghet og stabilitet for den enkelte arbeidstaker som viktigere enn den fleksibilitet som midlertidige ansettelser innebærer.⁷ I hvilken utstrekning det skal være adgang til midlertidige ansettelser, vil imidlertid kunne endres i takt med nye politiske konstellasjoner i fremtiden.

1.3 Nærmere avgrensninger og presiseringer

Som det fremgår av oppgavens tittel, skal denne oppgaven ta for seg "*adgangen*" til midlertidig ansettelse. Dette innebærer at særspørsmål som reises i forbindelse med opphør av midlertidige arbeidsavtaler, herunder problemstillinger rundt fireårsregelen i § 14-9 (5) 2. pkt., ikke tas opp utover det som er direkte relevant for fremstilling av oppgavens hovedproblemstilling. Prosessuelle bestemmelser vil heller ikke bli behandlet.

⁶ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) side 5

⁷ Se bl.a. Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29

Videre fremgår det av tittelen at oppgaven omhandler adgangen til midlertidig ansettelse etter *"arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) bokstav a)"*. Dermed behandles ikke adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler etter §§ 14-9 (1) bokstav b) til e), og 14-10.

For ansatte i staten reguleres adgangen til midlertidige ansettelser av tjenestemannsloven § 3. Også for statsansatte er hovedregelen fast ansettelse, men tjenestemannsloven gir en noe videre adgang til tidsbegrensede ansettelser enn reglene i arbeidsmiljøloven. Etter tjenestemannsloven § 3 (2) b), kan en tjenestemann ansettes midlertidig dersom arbeidet ennå ikke er fast organisert og det derfor er usikkert hvilke tjenestemenn som trengs. Adgangen til midlertidig ansettelse av sjømenn reguleres av sjømannsloven § 3 nr. 3, og det finnes også spesialbestemmelser om adgang til midlertidig ansettelse i andre lover. Reguleringen i andre lover vil ikke bli nærmere omtalt.

Begrepene *"arbeidstaker"* og *"arbeidsgiver"* er definert i henholdsvis aml. §§ 1-8 (1) og 1-8 (2), og det er disse definisjonene som ligger til grunn når begrepene anvendes i oppgaven. Begrepet *"virksomhet"* er ikke nærmere definert i arbeidsmiljøloven. I forarbeidene uttales at *"Som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet."*⁸. I oppgaven legges denne forståelsen til grunn, og jeg går ikke nærmere inn på ulike grensdragninger rundt arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet. Videre vil begrepene *"virksomhet"* og *"bedrift"* brukes synonymt, og det samme vil *"midlertidig"* og *"tidsbegrenset"*, samt *"ansettelse"* og *"tilsetting"*.

1.4 Tariffrettslig

Et særpreg på det arbeidsrettslige området, er adgangen til å inngå tariffavtaler. En tariffavtale er en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.⁹ Tariffavtalen

⁸ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74

⁹ Jf. definisjonen i arbeidstvistloven § 1 nr. 8

er med andre ord en rammeavtale som gir normer for hva en individuell arbeidsavtale kan inneholde i de arbeidsforhold som tariffavtalen gjelder for, eller som regulerer forholdet mellom tariffavtalens parter.¹⁰ Det kan ikke avtales individuelle arbeidsvilkår som fraviker en foreliggende tariffavtale, og dette gjelder både fravik til gunst og ugunst for arbeidstaker.¹¹ Tariffavtalens parter er imidlertid på sin side bundet av de grenser lovgivningen trekker opp for avtalefriheten, jf. aml. § 1-9.

1.4.1 Tariffavtalers betydning for aml. § 14-9 (1) a)

Aml. § 14-9 (3) gir adgang til å inngå tariffavtaler om adgangen til midlertidig ansettelse. Slik tariffavtale kan imidlertid bare inngås av en landsomfattende arbeidstakerorganisasjon, og avtaleadgangen kan kun få betydning for arbeidstakere som utfører kunstnerisk arbeid, forskningsarbeid eller arbeid i forbindelse med idrett. Da arbeidsmiljøloven opprinnelig ble vedtatt ved lov av 17. juni 2005, inneholdt § 14-9 en generell tariffavtaleadgang.¹² Bestemmelsen ble imidlertid reversert før loven trådte i kraft, og etter gjeldende rett er aml. § 1-9 til hinder for at det inngås tariffavtale om midlertidig ansettelse utover det som fremgår av aml. § 14-9 (3). I den videre fremstilling av adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a), vil jeg ikke trekke inn tariffavtaleadgangen etter tredje ledd, utover der det har direkte relevans for problemstillingen.¹³

1.5 Internasjonal rett

Som en følge av EØS-avtalen, har Norge implementert EU-direktivet om midlertidige ansettelser av 28. juni 1999¹⁴, som er en rammeavtale inngått mellom EFS, UNICE og CEEP. Hovedregelen etter direktivet er fast ansettelse, hvilket fremkommer av innledningskapitlet. I henhold til artikkel 1, er direktivets formål å forbedre kvaliteten ved

¹⁰ Jakhelln (2007) side 25

¹¹ Jakhelln (2007) side 132

¹² Se forslag til lovtekst i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 363

¹³ Se fremstillingen i punkt 7

¹⁴ Direktiv 1999/70/EF

tidsbegrensede ansettelser gjennom å sikre prinsippet om ikke-diskriminering, samt å forhindre at det benyttes gjentatte midlertidige ansettelsesforhold.

Ved implementeringen av direktivet i norsk rett, ble det lagt til grunn at arbeidsmiljøloven tilfredsstilte direktivets krav til regulering av og rammer for bruk av midlertidig ansettelse, men det ble ansett nødvendig å innta en bestemmelse i loven om at midlertidig ansatte skal informeres om ledige stillinger i bedriften.¹⁵ Dette fremgår nå av aml. § 14-1. Videre er det i kjølvannet av direktivimplementeringen inntatt i aml. § 13-1 (3) at diskriminering av midlertidig ansatte er forbudt. Jeg går ikke nærmere inn på diskrimineringsregelen i denne oppgaven.

Norsk rett må etter dette antas å samsvare med direktivets minimumskrav til midlertidige ansettelser.

1.6 Oppgavens videre struktur

I den videre fremstilling vil jeg først i punkt 2 gi en oversikt over ulike hensyn som taler for og imot bruk av midlertidige ansettelser, da de bakenforliggende hensyn er viktige for å fastlegge regelens innhold, og forstå den. Deretter vil jeg i punkt 3 ta for meg hvilke formkrav som stilles for å inngå avtale om midlertidig ansettelse, før jeg i punkt 4 ser nærmere på hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for lovlighetsvurderingen. I punkt 5 reises spørsmålet om aml. § 14-9 (1) a) oppstiller to kumulative vilkår, mens den nærmere materielle analyse av hva som ligger i vilkåret "*arbeidets karakter*" følger i punkt 6. Et særskilt spørsmål er hvilken betydning det har at arbeidstaker selv ønsker en midlertidig ansettelsesavtale, og dette vil jeg behandle i punkt 7. Avslutningsvis vil jeg i punkt 8 forsøke å samle trådene i en kort oppsummering av når det vil være adgang til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a).

¹⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 204

2 Hensyn

Reglene på det arbeidsrettslige området bygger i stor grad på avveininger mellom en rekke ulike hensyn. I hvilken utstrekning det skal være adgang til midlertidige ansettelse, er et typisk eksempel på et spørsmål med vanskelige avveininger av hensyn til henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver. Spørsmålet er, og har lenge vært, sterkt omstridt på det politiske plan. I det følgende vil det pekes på noen grunnleggende hensyn som taler for og i mot en utstrakt adgang til tidsbegrensede arbeidsavtaler. Disse hensyn inngår i Høyesteretts vurderinger, og vil derfor være relevante ved tolkningen av rettsregelen i aml. § 14-9 (1) a).

2.1 Hensynet til arbeidsgiver og virksomheten

For arbeidsgiver er det viktig å kunne tilpasse arbeidsstyrken etter det behov og den etterspørsel som foreligger til enhver tid. Som Arbeidslivslovutvalget la til grunn i NOU 2004: 5, er omstillinger i bedriftene blitt stadig mer vanlig i norsk arbeidsliv. Omstillinger kan innebære omorganiseringer innad i virksomheten, utskilling av deler av virksomheten, nedbemanning eller andre tiltak som tar sikte på reduksjon av bemanningen eller opphør av arbeidsforholdet.¹⁶ Slike omstillinger vil ofte være nødvendige for å drive virksomheten på en rasjonell og konkurransedyktig måte. En konsekvens av ulike omstillingsprosesser i virksomheten, er at behovet for arbeidskraft vil variere i takt med de endringer som foretas. Hensynet til virksomhetens omstillingsevne og derav arbeidsgivers fleksibilitet hva angår arbeidsstyrken, taler dermed for at det bør være en vid adgang til å avtale midlertidig ansettelse. Flexibilitetshensynet må også ses i et internasjonalt perspektiv. Jo mer restriktive reglene er på dette området, desto større er risikoen for at norske virksomheter blir hengende etter i konkurransen mot utenlandske bedrifter.

Ved etablering av en ny virksomhet, vil arbeidsgiver sjelden vite hvor mange ansatte som faktisk trengs for å igangsette og opprettholde en rasjonell drift.¹⁷ Store begrensninger i adgangen til å ansette midlertidig, vil kunne medføre at personer som ønsker å starte opp

¹⁶ NOU 2004: 5 side 289

¹⁷ NOU 2004: 5 side 297

næringsvirksomhet vil kvie seg for dette, av frykt for vanskelighetene med å kvitte seg med eventuelle overflødige arbeidstakere. Hensynet til å sikre opprettelser av nye virksomheter, taler med dette også for en vid adgang til å ansette midlertidig.

De hensyn som her er nevnt, må ses i sammenheng med den adgang arbeidsgivere har til permittering når dette av saklige grunner er nødvendig for bedriften.¹⁸ Arbeidsgivere vil i henhold til permitteringslønnsloven § 3 ha en lønnsplikt overfor arbeidstakerne den første perioden av permitteringen, før folketrygden tar over betalingsansvaret, jf. folketrygdloven § 4-7. Dette samspillet med det offentlige kan bidra til økt fleksibilitet for virksomhetene.

2.2 Hensynet til arbeidstaker

Et fast ansettelsesforhold i tråd med hovedregelen i aml. § 14-9 (1), innebærer at arbeidstaker er beskyttet av det oppsigelsesvern som arbeidsmiljøloven oppstiller. Arbeidsgiver må ha en saklig grunn for å foreta en oppsigelse, og loven gir nærmere bestemmelser om krav til forhåndsdrøftelser, formkrav og oppsigelsesfrister for å effektivisere oppsigelsesvernet ytterligere.¹⁹ Disse reglene, og særlig kravet om saklig grunn til oppsigelse, hviler på det generelle grunnsyn at arbeidstaker skal være vernet mot den personlige ulykke som en oppsigelse kan være, når arbeidsgiver ikke har gode grunner til å fremkalle den.²⁰ Midlertidig ansatte har ikke denne beskyttelsen, da midlertidige ansettelsesforhold opphører automatisk etter endt arbeid, jf. aml. § 14-9 (5). Jo videre adgang til midlertidig ansettelse, desto mer vil dermed stillingsvernet til arbeidstakere uthules. Arbeid, og med dette lønnsinntekt, er åpenbart av grunnleggende betydning for den enkelte borger, og hensynet til arbeidstakers stillingsvern taler med dette mot en utstrakt adgang til å ansette midlertidig.

¹⁸ Permitteringsadgangen er ikke direkte hjemlet i lovgivningen, men er utviklet gjennom praksis i arbeidslivet, tariffavtaler og rettspraksis, se bla.a. Jakhelln (2007) side 383 flg.

¹⁹ Se aml. §§ 15-7, 15-1, 15-4 og 15-3

²⁰ Jakhelln (2007) side 416

Dersom arbeidsgiver skal ha en vidtgående adgang til å tilpasse arbeidsstyrken etter det stadig varierende behovet i virksomheten, kan dette resultere i at arbeidstakere blir gående inn og ut av arbeidslivet med hyppige ledighetsperioder. Særlig der arbeidstakere over lengre tid går uten arbeid, kan dette føre til at kompetansenivået reduseres, hvilket igjen kan svekke mulighetene for nytt arbeid.²¹ En vid adgang til midlertidig ansettelse kan på denne måten lede arbeidstakere ut i en ond sirkel av arbeidsledighet. Dette vil da også få negative konsekvenser i et samfunnsperspektiv. En utstrakt adgang til å ansette midlertidig kan således sies å stride mot lovens formål om å bidra til et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 e).

Et annet viktig formål som fremgår av aml. § 1-1, er at arbeidstakere skal sikres trygge ansettelsesforhold, jf. bokstav b). I motsetning til et fast arbeidsforhold, vil ikke en midlertidig ansettelse gi like god forutsigbarhet med hensyn til fremtidig arbeid og lønnsinntekt. Dette vil kunne være en tung psykisk belastning for arbeidstaker, i tillegg til at det kan skape praktiske problemer. For eksempel vil en midlertidig ansatt kunne ha vanskeligere for å få tatt opp boliglån. Ved at ansettelsen kun er ment for en midlertidig periode, vil arbeidstaker også kunne ha vanskelig for å bli trygg på og føle tilhørighet til arbeidsplassen. Hensynet til at arbeidstaker skal ha et trygt og forutsigbart arbeidsforhold, taler dermed også mot en utstrakt adgang til å avtale midlertidig ansettelse.

2.3 Avveining mellom kryssende hensyn

Reglene om adgangen til midlertidige ansettelser er resultatet av en avveining mellom arbeidstakers og arbeidsgivers behov. Det behøver imidlertid ikke være store motsetninger mellom de ulike hensyn. Når det for eksempel gjelder formålet om et inkluderende arbeidsliv, tar ikke dette kun sikte på å motvirke at arbeidstakere støtes ut fra arbeidslivet. Også hensynet til de som står utenfor men vil inn, omfattes.²² Midlertidige ansettelser kan fungere som et springbrett til arbeidsmarkedet for personer som ellers ikke ville blitt fast

²¹ NOU 2004: 5 side 297

²² Jakhelln og Aune (2006) side 21

ansatt, som for eksempel nyutdannede eller andre som av ulike årsaker ikke har vært i arbeidslivet på en stund. Ved å bli ansatt midlertidig får arbeidstaker en sjanse til å heve sin arbeidskompetanse og vise sine kvalifikasjoner, noe som igjen kan resultere i en fast ansettelse med tiden.²³ Dette illustrerer at et sterkt stillingsvern faktisk kan være negativt for enkelte arbeidstakere. For at lovens formål om et mer inkluderende arbeidsliv skal oppfylles, må utfordringen være å senke terskelen for og komme inn på arbeidsmarkedet, samtidig som det blir vanskeligere å støtes ut.²⁴

Sett fra en annen vinkel kan et sterkt stillingsvern ha positiv effekt ved mange sider av arbeidsgivers virksomhet. Arbeidstaker med sterk tilhørighet til virksomheten, vil naturlig ha interesse av å gjøre en god jobb for sin arbeidsgiver. Jo lenger en arbeidstaker er ansatt, desto større faglig kompetanse vil han eller hun oppnå, noe som igjen kommer virksomheten til gode. Videre vil det kunne være vel så kostbart for arbeidsgiver å stadig ansette nye arbeidstakere med den opplæring og tilpasning dette krever, som å lønne en fast arbeidsstokk.

3 Formkrav

Av aml. § 14-9 (1) fremgår det at midlertidig ansettelse for tilfeller der arbeidets karakter tilsier det mv., skal skje gjennom ”avtale”. Spørsmålet er hva som nærmere ligger i dette begrepet, herunder om det oppstilles spesielle formkrav for å inngå midlertidige ansettelsesavtaler etter aml. § 14-9 (1).

Isolert sett tilsier ordlyden at muntlige tilbud- og akseptutsagn fra partene er tilstrekkelig for å inngå tidsbegrensede avtaler, i henhold til alminnelige kontraktsrettslige regler. I § 58 A i arbeidsmiljøloven av 1977, fremkom det videre uttrykkelig at midlertidige

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 209

²⁴ NOU 2004: 5 side 298

arbeidsavtaler skulle "*inngås skriftlig*". Når skriftlighetskravet i nåværende bestemmelse er tatt bort, støtter dette opp om at muntlige avtaler tilfredsstiller det formelle krav til inngåelse av midlertidige arbeidsavtaler.

Aml. § 14-9 (1) må imidlertid ses i sammenheng med §§ 14-5 flg. Det følger av aml. § 14-5 at det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Minimumskravene til innholdet av den skriftlige avtalen fremgår videre av aml. § 14-6, og etter aml. § 14-8 skal endringer i arbeidsforholdet tas inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at endringen trådte i kraft.

Aml. § 14-5 viderefører i all hovedsak § 55 B i arbeidsmiljøloven av 1977.²⁵ At arbeidsavtaler skal inngås skriftlig "*i alle arbeidsforhold*" innebærer at skriftlighetskravet også gjelder for midlertidige arbeidsavtaler. Borttakelsen av skriftlighetskravet fra § 58 A var en konsekvens av endringsloven i 1997²⁶ hvor bestemmelsen i § 55 B ble uttrykkelig utvidet til å gjelde for alle arbeidsforhold. Det var således ikke meningen å lempe på tidligere gjeldende formkrav. På denne bakgrunn kan det fastslås at begrepet "*avtale*" i aml. § 14-9 (1) oppstiller krav til skriftlighet for at de formelle krav til å inngå midlertidige avtaler skal være oppfylt.

Det neste spørsmålet er om en midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a) må anses ugyldig dersom tidsbegrensningen ikke er skriftlig nedtegnet i arbeidsavtalen i henhold til formkravene i aml. §§ 14-5 flg., med den konsekvens at det foreligger et fast ansettelsesforhold.

At lovbestemmelsen faktisk inneholder et skriftlighetskrav, er i seg selv en sterk indikasjon på at manglende skriftlighet skal medføre at tidsbegrensningen anses ugyldig. Rettsvirkningene av unnlatt skriftlighet for tidsbegrensede ansettelser, er likevel ikke uttrykkelig hjemlet i arbeidsmiljøloven. Dette i motsetning til for eksempel

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 330

²⁶ Lov av 17. januar 1997 nr. 12

skriftlighetskravet ved oppsigelser, hvor det følger direkte av aml. § 15-5 at formfeil ved oppsigelsen som hovedregel medfører ugyldighet. Sett i sammenheng med resten av lovverket, kan den manglende regulering av rettsvirkningene dermed tale mot skriftlighet som et gyldighetsvilkår for midlertidige ansettelser.

Bestemmelsene i §§ 14-5 flg. er gitt som følge av EØS-avtalen, og implementerer EUs rådsdirektiv av 14. oktober 1991, om arbeidsgiverens plikt til at underrette arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller ansættelsesforholdet.²⁷ Formålet med direktivet er å klargjøre arbeidstakernes rettsstilling og skape mer oversiktlige forhold i arbeidsmarkedet. Direktivet krever ikke at en avtale om midlertidig ansettelse må inngås skriftlig for å være gyldig, men da direktivet er et minimumsdirektiv er det ikke til hinder for at norsk rett kan kreve dette.²⁸

Skriftlighetskravet til arbeidsavtaler generelt, må ses på bakgrunn av arbeidstakers behov for klarhet og forutberegnelighet. Ved midlertidige arbeidsforhold må disse hensyn veie særlig tungt. Arbeidstaker skal kunne innrette seg etter tidspunktet for arbeidsforholdets opphør, og ikke risikere en uforutsett arbeidsløshet. I denne forbindelse kan nevnes departementets uttalelse i Ot.prp. nr. 78 (1993-1994) på side 28, om at *”skriftlighetskravet vil være spesielt viktig i forhold til de såkalte atypiske arbeidsforholdene; deltidsansatte og midlertidig ansatte”*. Videre presiseres det uttrykkelig i aml. § 14-6 at forventet varighet ved midlertidige ansettelser er et minimumskrav til avtalens innhold. Dette trekker i retning av at tidsbegrensninger skal anses ugyldige ved unnlatt skriftlighet. På den annen side ville skriftlighet som gyldighetsvilkår innebære at ethvert midlertidig ansættelsesforhold som det foreligger gjensidig enighet om og som ellers oppfyller de materielle krav til slik ansettelse, ville bortfalle. En slik regel ville videre utgjøre et unntak fra den grunnleggende kontraktsrettslige hovedregel om at også muntlige avtaler er bindende.

²⁷ Direktiv 91/533/EØF

²⁸ Ot.prp. nr. 78 (1993-1994) side 7

Forarbeidene sier ingenting om rettsvirkninger av unnlatt skriftlighet i midlertidige ansettelsesforhold. Det kan hevdes at denne tausheten i seg selv trekker i retning av at skriftlighet ikke er et gyldighetsvilkår. Skulle det motsatte være intensjonen, er det grunn til å tro at rettsvirkningene ville ha blitt drøftet i motivene.

Spørsmålet om betydningen av skriftlighetskravet for gyldigheten av midlertidige ansettelser, var oppe for Høyesterett i Rt-2007-129. Høyesterett la her til grunn at det ikke er et gyldighetsvilkår for midlertidige arbeidskontrakter at de er inngått skriftlig. I begrunnelsen ble det vist til at det ikke fremgår klare nok holdepunkter for at lovgiver har ment at unnlatt skriftlighet skal medføre ugyldighet. Mens forarbeidenes taushet i denne sammenheng ble tillagt avgjørende vekt, tok Høyesterett ikke stilling til betydningen av at det faktisk oppstilles et skriftlighetskrav uttrykkelig i lovteksten. Det kan spørres om ikke det lovfestede skriftlighetskravet, med de hensyn som ligger bak, i det minste må anses som et visst holdepunkt for dette. Høyesterett tillar imidlertid partenes avtalefrihet, herunder friheten til å inngå muntlig bindende arbeidsavtaler, større vekt enn hensynet til at arbeidsforholdet skal fremstå klart og oversiktlig for arbeidstaker.

Av dommen fremgår det likevel at dersom skriftlig arbeidsavtale ikke er inngått eller er uklar, medfører dette at det *”kreves klar sannsynlighetsovervekt for at det forelå en avtale om fortsatt midlertidig ansettelse”*, og at det er arbeidsgivers plikt å sørge for denne klarheten.²⁹ I stedet for å legge avgjørende vekt på hensynet til arbeidstakers klarhet og forutberegnelighet ved fastsettelsen av hovedregelen, bruker Høyesterett her skriftlighetskravets bakenforliggende hensyn til å oppstille en streng bevisbyrderegel. Selv om unnlatt skriftlighet i seg selv ikke medfører et krav på fast ansettelse, vil den tunge bevisbyrden i realiteten kunne gjøre det vanskelig for arbeidsgiver å bevise at det faktisk er inngått en midlertidig ansettelsesavtale.

²⁹ Rt-2007-129, avsnitt 48

I foreliggende sak kom Høyesterett til at beviskravet ikke var oppfylt, og arbeidstaker fikk medhold i at hun var fast ansatt. Avgjørende for utfallet var her at arbeidsgiver ikke uttrykkelig hadde informert arbeidstaker om midlertidigheten. Arbeidsgivers konkludente atferd var ikke tilstrekkelig. Der arbeidsgiver verken klarer å påvise en klar skriftlig arbeidsavtale eller konkrete muntlige utsagn om at ansettelsen er midlertidig, skal det altså svært mye til før en tidsbegrensning kan anses gyldig. Det strenge beviskravet Høyesterett oppstiller, må videre innebære at uttrykkelige muntlige utsagn om midlertidighet heller ikke kan være nok for å tilsi gyldighet på generelt grunnlag. I tilfeller hvor det ikke foreligger en klar skriftlig midlertidig arbeidsavtale, må gyldighetsspørsmålet bero på en konkret helhetsvurdering av om arbeidsgiver likevel har gjort nok for å skape den nødvendige klarhet om avtalens innhold for arbeidstaker. Saken dreide seg om unnlatelse av å inngå ny, skriftlig arbeidsavtale etter noe tid. Sett hen til hensynet bak skriftlighetskravet, kan det likevel ikke være tvil om at rettsvirkningene av dommen også skal gjelde der den første arbeidsavtalen ikke er inngått skriftlig.³⁰

Selv om arbeidsgivers bevisbyrde og kravet til klar sannsynlighetsovervekt faktisk innebærer en stor innskrenkning i hovedregelen om gyldighet til tross for unnlatt skriftlighet, må skriftlighetskravet for midlertidige ansettelsesavtaler etter aml. § 14-9 (1) a) etter dette anses som en ordensregel. Unnlatelse av å etterleve kravet om skriftlighet i henhold til aml. §§ 14-5 flg. medfører ikke i seg selv at arbeidstaker har krav på fast ansettelse.

³⁰ Se nærmere om det tidsmessige skillet i punkt 4

4 Tidspunkt for vurdering av om vilkåret i aml. § 14-9 (1) a) er oppfylt

Bestemmelsen i aml. § 14-9 (1) a) viser til at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Utgangspunktet etter en direkte ordlydsforståelse er med andre ord at lovligheten av en midlertidig ansettelse begrunnet i arbeidets karakter mv., skal vurderes på det tidspunkt da arbeidsavtalen ”inngås” mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Avtaleinngåelser skjer normalt forut for arbeidstakers tiltredelse i arbeidsforholdet.³¹ En bokstavelig ordlydstolkning av aml. § 14-9 (1) a) tilsier derfor at vurderingen av behovet for en tidsbegrenset ansettelsesavtale må tas ved ansettelsestidspunktet, før arbeidstaker i det hele tatt har begynt i arbeidet, på bakgrunn av de omstendigheter som kan forutses rundt det konkrete arbeidsforhold på dette tidspunkt. Spørsmålet er om den klare ordlyden utelukker at vurderingen av midlertidige ansettelsesavtalers gyldighet kan skje på et senere tidspunkt enn ved avtaleinngåelsen.

Det foretas ingen konkret vurdering av dette spørsmålet i forarbeidene til bestemmelsen.

Noen uttalelser i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kan likevel gi en viss veiledning.

Departementet legger for det første til grunn at utgangspunktet for vurderingen vil være hva arbeidsgiver ”*på ansettelsestidspunktet*” har grunn til å anta om arbeidsoppgavenes omfang, herunder om det er grunn til å tro at arbeidstaker ikke trengs på varig basis.³²

Videre uttaler departementet at det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen hvorvidt det midlertidige ansettelsesforholdet ”*i løpet av kontraktperioden*” er oppsigelig etter reglene i arbeidsmiljøloven.³³ Selv om departementet her direkte vurderte reglene om opphør av midlertidige arbeidsavtaler, synes uttalelsen å bygge på en forutsetning om at vurderingen av tidsbegrensede avtalers gyldighet også vil kunne foretas etter avtaleinngåelsen.

³¹ Jakhell (2007) side 221 flg. Jeg går ikke nærmere inn på hvordan rettsforholdet skal bedømmes i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse

³² Side 214

³³ Side 203

Sentralt for vurderingen er å se hen til hva domstolene har foretatt seg. Avgjørelsen inntatt i Rt-1991-872, gjaldt en arbeidstaker som hadde vært midlertidig ansatt som avdelingsleder i tolv år, hvorpå hun fikk medhold i at hun måtte anses som fast ansatt i stillingen. Relevant i denne forbindelse er Høyesteretts uttalelse på side 876: *"Det er ikke omtvistet mellom partene at vilkårene for midlertidig tilsetting av A var oppfylt til å begynne med (...). Spørsmålet er om de midlertidige tilsettinger - inndelt som de var i perioder - rettsgyldig kunne avtales i 12 år, om dette var saklig begrunnet og begrenset til det strengt nødvendige."* Høyesterett gir ikke her et direkte svar på problemstillingen. Uttalelsen, sett i sammenheng med rettens etterfølgende vurdering av om arbeidets karakter i dette tilfellet tilsa tidsbegrensning, synes likevel klart å forutsette at gyldighetsvurderinger på et senere tidspunkt enn ved avtaleinngåelsen er forenlig med aml. § 14-9. Illustrerende er også dommen inntatt i NAD-1984-510. Retten tok her først standpunkt til om arbeidstakeren ble fast eller midlertidig ansatt ved arbeidsforholdets begynnelse. Etter å ha kommet til at det forelå en gyldig midlertidig ansettelse på dette tidspunkt, vurderte retten om hun *"likevel etter aml. har oppsigelsesvern."*³⁴ Og i Rt-2007-129 fant Høyesterett etter en konkret vurdering at det forelå krav på fast ansettelse for den aktuelle arbeidstaker, fra og med seks måneder ut i arbeidsforholdet. I Rt-1991-872, bemerket også Høyesterett at det må være grenser for hvor lenge et midlertidig ansettelsesforhold kan vedvare. Av rettspraksis kan det dermed utledes at utgangspunktet for vurderingen er avtaleinngåelsestidspunktet. Men selv om en tidsbegrenset arbeidsavtale finnes å være gyldig på dette tidspunktet, må det likevel foretas en kontinuerlig vurdering av behovet for midlertidighet i arbeidsforholdet. På hvilket tidspunkt en midlertidig ansettelse eventuelt går over til å være fast, beror da på når arbeidets karakter mv. ikke lenger tilsier en midlertidig ansettelse.

Både av forarbeidene³⁵ og av overnevnte dom inntatt i Rt-1991-872³⁶, kan det videre utledes et krav om at midlertidige ansettelser skal begrenses til det som er strengt nødvendig. En vurdering av om midlertidigheten er strengt nødvendig, kan umulig

³⁴ NAD-1984-510, avsnitt 3 etter *"Retten bemerket:"*

³⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

³⁶ På side 876

avgrenses til kun å foretas på ansettelsestidspunktet. Det å anslå det nøyaktige behov for varighet og omfang av arbeidsforholdet kan være vanskelig, og ikke minst kan behovet på ulike måter endres etter hvert som tiden går. Nødvendighetskravet støtter således opp om en utvidende tolkning av aml. § 14-9 (1) a). Hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for gyldighetsvurderingen, må også ses i sammenheng med bestemmelsens formål, som er å forhindre omgåelser av stillingsvernet. Dersom arbeidsgiver skulle være fritatt fra å foreta nye vurderinger av avtalens lovlighet etter avtaleinngåelsen, ville dette klart kunne medføre at arbeidstakere som i realiteten har gått over til å fylle et fast arbeidskraftbehov, ikke ville kunne påberope seg oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven. Lovgiver har utvilsomt ikke ønsket en regel med en slik konsekvens. Den manglende direkte behandling av spørsmålet i forarbeider og rettspraksis, er nok mer sannsynlig et resultat av at svaret anses for å være åpenbart.

Et annet interessant spørsmål er om en midlertidig ansettelse som anses å ha vært ugyldig på avtaleinngåelsestidspunktet, på et senere tidspunkt kan vurderes til å ha blitt gyldig. Utover å påpeke problemstillingen, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på dette.

Momentene utledet av rettspraksis og forarbeider, sett i sammenheng med lovens formål og rimelighetsbetraktninger, må etter dette tillegges større vekt enn den klare ordlyden i aml. § 14-9. Vilkåret om at *”arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften”* må således være oppfylt til enhver tid for at det skal foreligge en gyldig midlertidig ansettelse. Aml. § 14-9 (1) a) må på dette punkt tolkes utvidende, og bestemmelsen utelukker ikke at vurderingen av om vilkåret er oppfylt kan skje på et senere tidspunkt enn ved avtaleinngåelsen.

5 Aml. § 14-9 (1) a): To kumulative vilkår?

Etter aml. § 14-9 (1) a) gis det adgang til å avtale midlertidig ansettelse ”når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”. Tas bestemmelsen på ordet, innebærer dette at arbeidets karakter og arbeidets atskillelse fra det som ordinært utføres i virksomheten, er to vilkår som begge må være oppfylt for at en midlertidig ansettelse skal være lovlig. Av forarbeidene fremgår det at aml. § 14-9 (1) a) er en gjeninnføring av regelen i arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 A nr.1 (1) a), om adgangen til midlertidig ansettelse når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften.³⁷ For å kunne foreta en nærmere tolkning av bestemmelsen i gjeldende arbeidsmiljølov, er det derfor nødvendig å se på bakgrunnen for § 58 A i arbeidsmiljøloven av 1977.³⁸

Ved endringene i arbeidsmiljøloven av 1977 som fant sted i 1995, ble det vedtatt en egen lovbestemmelse om midlertidig ansettelse i § 58 A. Bestemmelsen erstattet den tidligere § 58 nr. 7, som hadde ”*arbeidets karakter*” som skjønnsstema. I forarbeidene til endringsloven av 1995³⁹, kritiserte departementet de dagjeldende regler for å være uklare, og for å skape vanskelige grensedragninger rundt lovligheten av midlertidige ansettelser. Behovet for presiseringer ble påpekt. Departementet uttalte blant annet at vurderingen av om arbeidstakeren skal utføre et arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære driften i virksomheten, er det vesentligste moment ved vurderingen av arbeidets karakter.⁴⁰ En slik presisering ble imidlertid ikke foreslått inntatt i ordlyden til den nye § 58 A på dette stadiet. Departementet må ha ansett uttalelsene i proposisjonen som tilstrekkelig for å bidra til en strengere og mer ensartet praktisering av bestemmelsen.

³⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) side 12

³⁸ En slik tilnærming er også brukt i Allstrin (2008) side 73

³⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

⁴⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 178

Det var først under stortingsbehandlingen av lovforslaget at tilføyelsen ”og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften” ble foreslått.⁴¹ Flertallet i kommunalkomiteen begrunnet sitt forslag med rettssikkerhetshensyn, og hensynet til å forhindre omgåelse av stillingsvernet. Det ble uttalt at det ”ikke er den faktiske sysselsettingssituasjon eller prosjektets tidsavgrensede karakter som skal tillegges vekt ved vurderingen av om en midlertidig tilsetting er lovlig, men om det arbeid som arbeidstakeren skal utføre etter sin art atskiller seg klart fra det arbeid som ordinært utføres av slike bedrifter.”⁴²

Denne uttalelsen taler isolert sett klart i retning av en snever ordlydsfortolkning av aml. § 14-9 (1) a), slik at tilføyelsen skal betraktes som et selvstendig vilkår. Ordrett innebærer uttalelsen at midlertidig ansettelse under enhver omstendighet vil være ulovlig dersom de aktuelle arbeidsoppgaver ligner på det arbeid som normalt utføres i vedkommende bedrift. Legges en slik forståelse til grunn, vil bestemmelsen hindre bedrifter i å ansette arbeidstakere midlertidig for å utføre vanlige arbeidsoppgaver, uansett hva slags særlige behov for dette som oppstår.

Av den etterfølgende debatten på Stortinget, kom det imidlertid fram at en slik snever forståelse av bestemmelsen ikke var tilsiktet fra kommunalkomiteéns side. Komitelederen presiserte blant annet at arbeidskraftbehov som helt klart knytter seg til sesongsvingninger må betraktes som ekstraordinært sett i forhold til den virksomhet som ordinært utføres i bedriften.⁴³ En direkte ordlydsforståelse av at ”arbeidets karakter atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften”, tilsier at arbeidsoppgavene må være kvalitativt ulike de arbeidsoppgaver som vanligvis utføres i bedriften. Kommunalkomiteén legger imidlertid til grunn at også vanlige arbeidsoppgaver kan anses som ekstraordinære, dersom arbeidskraftbehovet er av ekstraordinært omfang. Det må altså sies å være et terminologisk spørsmål om man kaller slikt arbeid ekstraordinært, eller at arbeidet er ordinært men at

⁴¹ Jf. Innst.O. nr. 2 (1994-1995)

⁴² Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29

⁴³ Forhandlinger i Odelstinget nr. 3 (1994-1995) side 31

ordlyden ikke kan tas helt på ordet.⁴⁴ Videre ble det også uttalt at tilføyelsen i stor grad må oppfattes som en lovfesting av departementets presisering i proposisjonen.⁴⁵

Kommunalkomitéens uttalelser tilsier med dette at kravet om atskillelse fra det ordinære arbeidet i virksomheten, kun skal anses som en presisering av hva som ligger i uttrykket *”arbeidets karakter”*.

Den samme forståelse ble også lagt til grunn av Høyesterett i Minerydder-dommen.⁴⁶ Etter å ha foretatt en gjennomgang av forarbeidene til lovrevisjonen av 1995, fant Høyesterett at tilføyelsen ikke oppstiller noe absolutt krav om at arbeidsoppgaver innholdsmessig må atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten, for at det skal foreligge en gyldig avtale om midlertidig ansettelse.⁴⁷

Etter dette kan det fastslås at aml. § 14-9 (1) a) ikke inneholder to kumulative vilkår. Kravet om at arbeidet må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, må anses som en rettesnor for forståelsen av det sentrale vilkår for å lovlig kunne avtale midlertidig ansettelse, som er *”når arbeidets karakter tilsier det”*.

Selv om *”arbeidets karakter atskiller seg fra det som ordinært utføres i bedriften”* ikke skal anses som et selvstendig vilkår, er tilføyelsen likevel av betydning for fastleggingen av innholdet i regelen i aml. § 14-9 (1) a). Den nærmere vurdering av hva tilføyelsen innebærer for adgangen til midlertidige ansettelser, og hvilken betydning Minerydder-dommen har i denne sammenheng, vil bli foretatt i punkt 6.2.1.

⁴⁴ I den videre fremstilling legger jeg sistnevnte alternativ til grunn. Med ekstraordinært arbeid mener jeg heretter arbeidsoppgaver som innholdsmessig atskiller seg fra det som vanligvis utføres i virksomheten, og med ordinære arbeidsoppgaver mener jeg det som normalt utføres i virksomheten, selv om arbeidet har et ekstraordinært omfang.

⁴⁵ Forhandlinger i Odelstinget nr. 4 (1994-1995) side 61

⁴⁶ Inn tatt i Rt-2001-1413, også betegnet som Norsk Folkehjelp-dommen

⁴⁷ Rt-2001-1413, på side 1422

6 "Når arbeidets karakter tilsier det"

6.1 Utgangspunkt

I henhold til konklusjonen i punkt 5 overfor, vil den videre materielle analyse av rettsregelen i aml. § 14-9 (1) a) knytte seg til hovedvilkåret, *"når arbeidets karakter tilsier det"*. Begrepet *"arbeidets karakter"* er vidtgående og skjønnsmessig. Utover presiseringen av ekstraordinære arbeidsoppgaver som et sentralt kriterium, er det ikke lovfestet nærmere holdepunkter for vurderingen av når arbeidets karakter tilsier midlertidighet. Ordlyden i seg selv tilsier at arbeidet må ha noe ved seg som forsvarer en tidsbegrensning for den aktuelle ansettelse.

Noe særlig mer veiledning gir imidlertid ikke en direkte forståelse av begrepet. Spørsmålet om hvorvidt *"arbeidets karakter"* er slik at midlertidige ansettelsesavtaler lovlig kan inngås, beror derfor på en helhetsvurdering av det konkrete arbeidsforhold. En rekke ulike hensyn vil være relevante i denne vurderingen. Blant annet må det legges vesentlig vekt på formålet bak begrensningene i adgangen til å ansette midlertidig, som er å forhindre omgåelser av arbeidstakers krav på fast ansettelse og vern mot å bli oppsagt uten saklig grunn.⁴⁸ I kjølvannet av lovendringen i 1977, hvor formålet om styrket oppsigelsesvern ble inntatt, uttalte Høyesterett således i Rt-1985-1141 at vilkåret *"når arbeidets karakter tilsier det"* må tolkes strengt.⁴⁹ Av dommen fremgår det imidlertid at arbeidsmiljøloven ikke er til hinder for tidsbegrenset ansettelse dersom det foreligger et saklig behov for dette, og ansettelsen begrenses til det som er strengt nødvendig. Dette blir også lagt til grunn i forarbeidene.⁵⁰ Vurderingen videre blir dermed i grove trekk hvor langt stillingsvern hensynet går i å sette en stopper for arbeidsgivers adgang til tidsbegrensede ansettelser med bakgrunn i virksomhetsmessige behov.

⁴⁸ Se bl.a. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 164

⁴⁹ På side 1147

⁵⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 165

I forarbeidene til den nye § 14-9 i arbeidsmiljøloven, fremgår det at bestemmelsens bokstav a) innebærer en gjeninnføring av § 58 A nr.1 (1) a) i arbeidsmiljøloven av 1977.⁵¹ § 58 A er igjen i stor grad en videreføring av 1977-lovens opprinnelige bestemmelse om adgangen til å avtale midlertidig ansettelse, som inntil lovrevisjonen av 1995 fremgikk av § 58 nr. 7. Dette betyr at både tidligere lovforarbeider og tidligere rettspraksis som angår spørsmålet om hvilken adgang det er til midlertidig ansettelse når arbeidets karakter tilsier det, er relevant for tolkningen av uttrykket *"arbeidets karakter"* etter aml. § 14-9 (1) a).

6.2 Nærmere om innholdet av *"arbeidets karakter"*

6.2.1 *"Arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"*

Det følger uttrykkelig av lovteksten at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås når *"arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"*. Det er nå fastslått at ekstraordinære arbeidsoppgaver ikke er et selvstendig vilkår for å inngå gyldige tidsbegrensede ansettelsesavtaler, men kun en presisering av hva som ligger i *"arbeidets karakter"*.⁵² Spørsmålet er hvilken betydning denne presiseringen nærmere har for vurderingen av om *"arbeidets karakter"* tilsier midlertidig ansettelse.

Vedtakelsen av å innta presiseringen *"arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten"* i lovteksten, taler i seg selv for at momentet må tillegges særskilt vekt ved vurderingen. Dette støttes av uttalelser i forarbeidene. Av Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) fremgår det på side 178 at det vesentligste moment ved vurderingen av arbeidets karakter, er om arbeidstaker skal utføre et arbeid som normalt utføres i virksomheten. Samme synspunkt ble lagt til grunn av flertallet i kommunalkomiteen, som understreket viktigheten av at arbeidet skal være av ekstraordinær art for at midlertidige ansettelser skal aksepteres.⁵³

⁵¹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) side 12

⁵² Se fremstillingen i punkt 5

⁵³ Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29

Lovfestingen må videre ses i sammenheng med de hensyn som ligger bak presiseringen. Bakgrunnen for å begrense adgangen til midlertidig ansettelse, er å forhindre at arbeidsgiver omgår lovens stillingsvernsregler. Det omgåelsestilfellet som lovpresiseringen i henhold til forarbeidene tar særlig sikte på å komme til livs, er situasjoner der arbeidsgiver innskrenker faste ansettelse i bedriften til en viss kjernestab, og at restbehovet for arbeidskraft til å utføre løpende arbeidsoppgaver fylles opp ved hjelp av arbeidstakere på tidsbegrensede kontrakter.⁵⁴ Ved å ha en slik gjennomstrømning av midlertidig ansatte i stedet for fast ansatte, unnslipper arbeidsgiver de krav som arbeidsmiljøloven oppstiller for å kunne si opp arbeidstaker. Den økte fleksibilitet, samt de tidsmessige og økonomiske besparelser midlertidige arbeidsforhold kan innebære, kan gjøre det fristende for mange arbeidsgivere å ha en utbredt bruk av tidsbegrensede ansettelse. Der arbeidstakere utfører arbeidsoppgaver som er helt vanlige i bedriften, vil bedriften ha et kontinuerlig behov for arbeidskraften, og da er det ingen grunn til at ikke arbeidstakerne skal ansettes fast med et tilsvarende sterkt stillingsvern. De bakenforliggende hensyn taler med dette sterkt for at momentet om arbeidets atskillelse fra det som ordinært utføres i virksomheten, skal tillegges stor vekt i vurderingen.

Hvilken betydning momentet om ekstraordinære arbeidsoppgaver har for vurderingen av innholdet av *"arbeidets karakter"*, er som nevnt også omtalt i Minerydder-dommen. Høyesterett uttalte her at det kun er *"vesentlige særtrekk"* ved det aktuelle arbeidsforhold som kan begrunne et unntak fra den klare hovedregel om at arbeidsoppgaver som ikke atskiller seg fra virksomhetens ordinære arbeid, bare kan løses ved fast ansettelse.⁵⁵ Selv om momentet ikke ble ansett som et absolutt vilkår for gyldig tidsbegrenset arbeidsavtale, er det liten tvil om at Høyesterett med dette oppstilte som et klart utgangspunkt at arbeidsoppgavene må være ekstraordinære, og at det skal mye til for å fravike dette utgangspunktet. En slik forståelse er også i samsvar med slutningene utledet av forarbeidsuttalelsene og presiseringens bakenforliggende hensyn.

⁵⁴ Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29

⁵⁵ Rt-2001-1413, på side 1423

Etter dette kan lovpresiseringen av at arbeidet må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, sies å innebære en viss innskjerping av den skjønnsmessige vurderingen av *”arbeidets karakter”*, i forhold til tidligere rettstilstand. I vurderingen etter § 58 nr. 7, synes forarbeidene til bestemmelsen å legge til grunn at det var arbeidets tidsavgrensede karakter som var det mest avgjørende.⁵⁶ Mens det før lovpresiseringen i større grad var adgang til å ansette midlertidig ene og alene dersom arbeidet var klart nok avgrenset, vil ikke dette lenger være tilstrekkelig dersom arbeidsoppgavene som skal utføres er vanlige i bedriften. En bygningsarbeider ansettes for eksempel for å utføre et bestemt byggeprosjekt. Selv om prosjektet har en klar tidsramme, vil innskjerpingen i loven innebære at midlertidig ansettelse i slike situasjoner vil være ulovlig dersom bedriften har løpende behov for akkurat denne type arbeidskraft.⁵⁷

Utgangspunktet er altså at arbeidsoppgavene må være ekstraordinære for at *”arbeidets karakter”* skal tilsi at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås. Et spørsmål er hvilke vesentlige særtrekk ved det aktuelle arbeidsforhold som kan begrunne unntak fra dette klare utgangspunktet.

Spørsmålet i Minerydder-dommen var om det lovlig kunne avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a), i tilknytning til Norsk Folkehjelps mineryddingsvirksomhet. Det ble i dommen lagt til grunn at minerydding var en del av Norsk Folkehjelps ordinære virksomhet, og utgangspunktet skulle derfor være at tidsbegrensninger ikke var tillatt. Høyesterett fant her likevel den midlertidige ansettelsen gyldig, og ga ikke arbeidstaker medhold i sitt krav om fast ansettelse.

I begrunnelsen viste Høyesterett for det første til det særtrekk ved internasjonal minerydding at arbeidet etter sitt formål er midlertidig. Det ble i denne sammenheng vist til at arbeidstakerne skal drive opplæring og overføre kompetanse til lokalbefolkningen,

⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71

⁵⁷ Se punkt 6.2.2.2 for en nærmere gjennomgang av slike typetilfeller

hvoretter disse skal settes i stand til å løse oppgavene selv. Finansieringen av det internasjonale bistandsarbeidet skjedde dessuten i dette tilfellet ved kortsiktige bevilgninger fra ulike bidragsytere, nettopp under den forutsetning at det skulle skje en utfasing. Videre la Høyesterett vekt på at overføring til en annen virksomhet ville være lite realistisk, da internasjonal minerydding ikke er en entydig virksomhet, og at kvalifikasjonskravene vil variere mye fra sted til sted. Selv om det i dommen først ble lagt til grunn at minerydding var en del av Norsk Folkehjelps ordinære virksomhet, fant Høyesterett altså innholdet av mineryddingsvirksomhet å være så forskjelligartet at arbeidsoppgavene i realiteten måtte anses å være ekstraordinære på hvert enkelt arbeidssted.

Endelig viste Høyesterett til de særtrekk ved internasjonal minerydding, at bistandsarbeidet ville kunne bli skadelidende, og at arbeidstakerne ville kunne bli påført uvanlige og uforutsigbare påkjenninger og mentale belastninger, uten en adgang til å avtale midlertidig ansettelse. Hovedregelen om fast ansettelse, og således begrensningene i adgangen til å inngå tidsbegrensede arbeidsavtaler, er gitt for å beskytte arbeidstakernes stillingsvern. Med det sistnevnte momentet ser Høyesterett ut til å oppstille en adgang til tidsbegrenset ansettelse også ut fra hensynet til arbeidstaker, i det minste for tilfeller der arbeidet anses å være svært krevende.

Minerydder-dommen gir med dette et eksempel på et arbeidsforhold med den grad av vesentlige særtrekk, at det begrunner et unntak fra utgangspunktet om at arbeidet må være ekstraordinært. Mineryddingsvirksomhet er imidlertid et ganske snevert arbeidsområde, og de konkrete særtrekkene det pekes på i dommen har derfor begrenset rekkevidde utover de tilfeller hvor det utføres internasjonalt bistandsarbeid. På generelt grunnlag illustrerer dommen først og fremst hvilken sammensatt og kompleks vurdering som kreves av spesielle arbeidsforhold, ved bedømmelsen av om *"arbeidets karakter"* tilsier en midlertidig ansettelse.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å stille spørsmål ved førstvoterendes uttalelse på side 1423, om at det *"ikke er avgjørende at internasjonal minerydding ikke er spesielt unntatt*

som andre særegne virksomheter i § 58A nr. 1 b)-e). Jeg ser ikke bort fra at minerydding ville ha blitt vurdert som unntaksberettiget i loven om spørsmålet var blitt tatt opp under lovrevisjonen i 1995.” Høyesterett utvidet altså unntakene fra hovedregelen om fast ansettelse, basert på antakelser om at lovgiver ville ha unntatt internasjonalt bistandsarbeid dersom spørsmålet var blitt tatt opp. At en domstol baserer seg på en hypotetisk lovgivervilje, er i seg selv tvilsomt. Når det gjelder foreliggende rettsområde er det videre helt klart at lovgiver har vurdert det dithen at fast ansettelse er det beste for arbeidstakere, og at det dermed skal være en snever adgang til unntak.⁵⁸ Sett hen til denne klare hovedregelen og de tungtveiende vernehensyn som ligger bak, kan det derfor spørres hvor vektige holdepunkter Høyesterett egentlig hadde for å anta at lovgiver ville ha utvidet adgangen til midlertidig ansettelse ytterligere. Noe som tvert i mot kan støtte opp om at lovgiver ikke ville ha utvidet unntakskatalogen i 1995, er det faktum at det heller ikke ved lovreformen i 2005 ble inntatt noe unntak i loven om internasjonalt bistandsarbeid. Dette hadde lovgiver etter Minerydder-dommen en foranledning til å vurdere. På bakgrunn av dette hadde Høyesterett etter min mening et noe tynt grunnlag for å utvide unntakskatalogen slik de her gjorde. En utvidelse av lovfastsatte unntak fra en så klar hovedregel som fast ansettelse er, bør av hensyn til arbeidstakeres rettssikkerhet og forutberegnelighet være underlagt den trygge og grundige behandling som en lovprosess innebærer. Minerydder-dommen er også blitt ansett som spesiell i juridisk teori.⁵⁹

6.2.2 ”Arbeidstaker bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag”

Da arbeidsmiljøloven ble vedtatt den 17. juni 2005, var det opprinnelig etter § 14-9 (1) b) adgang til midlertidig ansettelse dersom *”arbeidstaker bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag”*. Som følge av endringsloven av 21. desember 2005, ble imidlertid denne ordlyden tatt ut av loven, samtidig som den tidligere ordlyd *”når arbeidets karakter tilsier det (...)”* ble gjeninnført.⁶⁰ Formålet bak vedtakelsen av *”arbeidstaker bare trengs til et*

⁵⁸ Se bl.a. Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 28

⁵⁹ Se bl.a. Fougner og Holo (2006) side 656

⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) side 4 og 5

bestemt oppdrag” var ikke å endre innholdet av begrepet *”arbeidets karakter”*, men bare å tydeliggjøre regelens innhold.⁶¹ På bakgrunn av dette kan den opprinnelige og mer presise ordlyden, samt tilhørende forarbeider, være til hjelp for å kartlegge det nærmere innholdet av dagens bestemmelse.⁶² Dersom arbeidstaker bare trengs til å utføre et bestemt oppdrag, kan *”arbeidets karakter”* tilsi en gyldig midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a).

6.2.2.1 ”Bestemt oppdrag”

For at en midlertidig ansettelse skal være gyldig, må det i følge Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 214, for det første dreie seg om et *”bestemt oppdrag”*. Om dette vilkåret uttaler departementet at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning. Departementet legger videre til grunn at det må la seg gjøre å fastsette en tidsramme eller å definere oppdragets avslutning nærmere i arbeidsavtalen. I uttalelsene argumenteres det altså for at det i de tilfeller hvor det ikke lar seg gjøre å definere arbeidet på denne måten, er dette en pekepinn på at behovet for tidsbegrenset ansettelse ikke er tilstede. Spørsmålet er hva som nærmere ligger i kravet om en klar arbeidsmessig avgrensning og naturlig avslutning, for at vilkåret om *”bestemt oppdrag”* skal være oppfylt.

Rettspraksis er retningsgivende for grensedragningen. Avgjørelsen inntatt i Rt-2005-826, dreide seg om en arbeidsavtale hvor både varighet av ansettelsesforholdet og arbeidstid var angitt å være *”behovsrelatert”*.⁶³ Høyesterett kom til at en slik avtale måtte likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse. I begrunnelsen viste førstvoterende til at avtalen helt manglet den trygghet for arbeidstaker som følger av arbeidsmiljølovens regler

⁶¹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 214

⁶² Tilsvarende fremgangsmåte er brukt i Jakhelln og Aune (2006) side 704

⁶³ Saken gjaldt en såkalt tilkallingsavtale, som ikke direkte reguleres av aml. § 14-9 (1) a). Gyldigheten av slike avtaler må imidlertid vurderes med utgangspunkt i aml. § 14-9 (1), herunder om avtalen er i strid med bestemmelsens intensjon om at permanent arbeidskraftbehov skal dekkes ved fast ansettelse, jf. bl.a. Rt-2005-826 avsnitt 31 og også Jakhelln (2006) side 249. Dommen er derfor likevel av relevans for vurderingen av innholdet av bokstav a).

om stillingsvern ved fast ansettelse, i tillegg til å gi beskjeden sikkerhet for arbeid og dermed lønnsinntekt.⁶⁴ Illustrerende er også NAD-1984-583, hvor samme hensyn ligger til grunn. Arbeidstakerne ble ved ansettelsen gjort oppmerksomme på at arbeidsforholdet skulle gjelde *"så lenge det var penger"*.⁶⁵ Retten la her til grunn at saksøkerne var klar over at arbeidsforholdet skulle vare så lenge det var penger, men at dette likevel måtte sies å være en altfor upresis angivelse av arbeidets varighet. Slike løse arbeidsmessige avgrensninger kan tyde på at arbeidsgiver forsøker å omgå stillingsvernet, og oppfyller altså ikke vilkåret om *"bestemt oppdrag"*.

Annerledes ble utfallet i dommen inntatt i NAD-1986-1069. Arbeidsgiver hadde her ansatt arbeidstakere til å utføre forvarmingsarbeid før sveising for en oppdragsgiver. Ved ansettelsen ble det utlevert et skjema hvor det fremgikk at arbeidsforholdet skulle opphøre uten oppsigelse når arbeidet var avsluttet. I tillegg opplyste arbeidsgiver om at arbeidet var forventet å vare frem til jul. Arbeidstakerne fikk allerede 14. november beskjed om at arbeidet skulle opphøre, og krevde med dette lønn frem til 24. desember. Lagmannsretten tok ikke kravet til følge. I begrunnelsen viste retten til at arbeidstakerne var innforstått med at arbeidet ville opphøre når det ikke lenger var behov for forvarmere, og at arbeidet dermed måtte anses som avsluttet på dette tidspunkt. Vilkåret om *"bestemt oppdrag"* ble altså ansett oppfylt. Mens det i Rt-2005-826 og i NAD-1984-583 ikke ble tillagt vekt at arbeidstakerne var klar over grunnlaget for tidsbegrensningen, var dette av stor betydning i denne saken. Forskjellen kan forklares med arbeidsavgrensningenes ulike grader av forutberegnelighet. En tidsbegrensning på bakgrunn av bemanningsmessig eller økonomisk usikkerhet vil være ukontrollerbar og utrygg for arbeidstaker, i motsetning til den mer sikre og forutsigbare situasjon at et arbeidsforhold avsluttes etter en konkret utført arbeidsoppgave. Av betydning for utfallet i NAD-1986-1069 kan også ha vært det faktum at arbeidsforholdets opphør skjedde kort tid før den forventede varigheten. Hadde det vært et større avvik mellom det tidspunkt arbeidet var utført, og den varighet arbeidsgiver hadde skapt forventning om på forhånd, kunne resultatet blitt annerledes. Arbeidsløsheten ville i

⁶⁴ Rt-2005-826, avsnitt 30

⁶⁵ Avsnitt 15 fra *"Retten bemerket:"*

en slik situasjon ha kommet plutselig på arbeidstakerne, og tale for at vilkårene for å lovlig kunne avtale midlertidig ansettelse ikke var oppfylt.

Rettspraksis viser at arbeidets varighet ikke nødvendigvis må være konkret angitt i tid for at vilkåret om "*bestemt oppdrag*" skal være oppfylt. Det må likevel kunne utledes et krav om at arbeidstaker klart og tydelig skal vite hva som skal til for at arbeidsforholdet opphører. Til illustrasjon i denne forbindelse, kan nevnes saken inntatt i NAD-1984-510. Til tross for at varigheten av arbeidet her var meget usikker, det kunne være tale om et tidsrom fra noen uker til flere år, ble den tidsbegrensede ansettelsen likevel kjent lovlig. Dette tilsynelatende store avviket fra innholdet av en klar arbeidsmessig avgrensning, må ses på bakgrunn av det spesielle arbeidsforholdet. Arbeidstaker var hjemmehjelp for en klient hun hadde et personlig forhold til, og da klienten døde var det naturlig at arbeidsforholdet opphørte av seg selv. Dette måtte også ha fremstått som en selvfølgelighet for arbeidstaker. Spesielle oppdrag som har en naturlig avslutning kan således betraktes som et "*bestemt oppdrag*" selv om varigheten er usikker.

Etter dette må det kunne legges til grunn at det med en klar arbeidsmessig avgrensning og naturlig avslutning, ikke nødvendigvis kreves en absolutt klarert varighet av arbeidsforholdet for at det skal anses som et "*bestemt oppdrag*". Hensynet til arbeidstakers forutberegnelighet innebærer likevel at jo tydeligere defineringen av arbeidets omfang og varighet fremstår, desto mer taler det for at arbeidsforholdet er et "*bestemt oppdrag*" og med dette at vilkårene for å kunne avtale midlertidig ansettelse er oppfylt.

Et "*bestemt oppdrag*" vil typisk være arbeid av ekstraordinær karakter i den enkelte bedrift. Arbeidstakerne som ble ansatt til å utføre forvarmingsarbeid før sveising i saken over, er et eksempel.⁶⁶ Forarbeidene viser til bygningsarbeidere som ansettes for å fullføre et bestemt bygg og ansettelse av spesielle eksperter som skal utføre et bestemt utredningsarbeid, som andre eksempler på arbeidsoppgaver som vil kunne gi grunnlag for

⁶⁶ Jf. NAD-1986-1069

gyldige midlertidige ansettelser.⁶⁷ Slikt arbeid vil lett la seg avgrense i tid, og vil naturlig være avsluttet når det konkrete arbeidet er utført. Et ”bestemt oppdrag” kan imidlertid ikke kun avgrenses til ekstraordinært arbeid. Det fremgår eksplisitt av forarbeidene at midlertidige ansettelsesavtaler også kan inngås for utførelse av ordinære arbeidsoppgaver⁶⁸, og i Minerydder-dommen er det fastslått at spesielle arbeidsforhold kan gi grunnlag for en tidsbegrensning selv om arbeidsoppgavene er de samme som vanligvis utføres i virksomheten.

Spørsmålet videre blir dermed i hvilke tilfeller ordinære arbeidsoppgaver nærmere kan anses som et ”bestemt oppdrag”, og således gi grunnlag for en lovlig midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a).

Av Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 202, fremgår det for det første at loven ikke er til hinder for å inngå midlertidige ansettelsesavtaler i den hensikt å dekke arbeidskraftbehov som knytter seg til sesongmessige svingninger. Sentrale presiseringer av dette, fremkom under debatten i Odelstinget forut for lovrevisjonen i 1995. Det ble her uttalt at det kan inngås midlertidig ansettelse av kortvarig karakter for tilfeller der bedriften har arbeidskraftbehov som helt klart knytter seg til sesongsvingninger, og det fremgår klart for hvilken periode arbeidet gjelder. Videre ble det uttalt at denne fortolkning selvsagt også skal legges til grunn hvor arbeidskraftbehovet er det normale som gjentas årlig.⁶⁹ Det klare utgangspunktet om at arbeidsoppgavene må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, fravikes altså av hensyn til det opplagte behov for ekstra arbeidskraft mange bedrifter har de deler av året arbeidsmengden er størst. For eksempel vil et ”bestemt oppdrag” kunne være arbeid som ekstrahjelp i en gavebutikk i julesesongen. Selv om ekstrahjelpen utfører arbeidsoppgaver som er vanlige i butikken året rundt, vil en avtale om midlertidig ansettelse være gyldig på grunn av den ekstra pågangen av kunder en slik butikk vil ha i førjulstiden. Også jordbærplukking om sommeren og snømåking om

⁶⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71

⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.1.2

⁶⁹ Forhandlinger i Odelstinget nr. 3 (1994-1995) side 31 flg.

vinteren, vil oppfylle vilkåret "*bestemt oppdrag*". Avtale om midlertidig ansettelse for slikt arbeid vil altså være lovlig, selv om samme arbeidsoppgaver må utføres sesong etter sesong.

For det andre viser forarbeidene til at loven heller ikke er til hinder for at arbeidsgiver kan ansette midlertidig for topper som ikke er sesongavhengige, dersom det dreier seg om kortvarige og uforutsigbare situasjoner.⁷⁰ Et "*bestemt oppdrag*" vil eksempelvis kunne foreligge når virksomheten uforutsett blir tildelt et konkret avgrenset oppdrag, som innebærer et midlertidig økt arbeidskraftbehov.⁷¹

Uttalelsene i forarbeidene åpner altså for at ordinære arbeidsoppgaver ved sesongarbeid og uforutsette arbeidstopper kan oppfylle vilkåret om "*bestemt oppdrag*". Det stilles likevel strenge krav til at det aktuelle arbeidet i slike tilfeller må ha en klar arbeidsmessig avgrensning for at det skal være grunnlag for midlertidig ansettelse. Fremkommer det ikke helt klart for hvilken periode arbeidet skal utføres, kan dette indikere at arbeidsgiver i realiteten har et permanent arbeidskraftbehov som skal løses ved faste ansettelser. Utførelsen av ordinære arbeidsoppgaver vil i slike tilfeller ikke anses som et "*bestemt oppdrag*", og det vil foreligge en ulovlig tidsbegrensning.

I motsetning til sesongmessige svingninger og uforutsette arbeidstopper, fastslås det i forarbeidene at generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller usikkerhet om eventuell fremtidig reduksjon i arbeidsmengde, omorganisering eller lignende, ikke gir anledning til å ansette midlertidig.⁷² Ved slike jevne variasjoner kan arbeidstaker vanskelig ansettes for et "*bestemt oppdrag*" dersom arbeidsoppgavene er vanlige i bedriften. Hva som skal anses som sesongvariasjoner og uforutsette arbeidstopper, og hva som skal anses som generelle variasjoner i arbeidsmengden, er imidlertid ikke enkelt å avgjøre. I Ot.prp. nr. 49 (2004-

⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 202

⁷¹ Jakhell og Aune (2006) side 704

⁷² Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 214

2005), uttaler departementet på side 202 at grensen må vurderes og fastsettes konkret i det enkelte tilfellet.

For å fastlegge det nærmere innholdet av hovedregelen om at usikker fremtidig arbeidsmengde ikke kan anses som et "*bestemt oppdrag*", og således gi grunnlag for midlertidig ansettelse, kan Rt-1992-729 være relevant. Saken gjaldt gyldigheten av å ansette en lærer for ett år av gangen, hvor tidsbegrensningen blant annet ble begrunnet i at elevtallet ved skolen kunne endre seg raskt. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg her til lagmannsrettens uttalelser. Retten så det som naturlig at endringer i bemanningen kunne bli nødvendig på grunn av endringer i elevtallet. De tidsbegrensede ansettelsesavtalene ble likevel ansett ugyldige, da en innskrenkning av virksomheten på grunn av færre elever vil kunne gi saklig grunn til oppsigelse. Kjennelsen viser at midlertidige ansettelser ikke skal fungere som en form for føre vår-handling. Skulle midlertidige ansettelser kunne anvendes ved alle tilfeller der bedriften har usikre fremtidsutsikter, ville dette utvilsomt uthule hovedregelen om fast ansettelse, og dermed arbeidstakers stillingsvern. Hensynet til arbeidsgiver anses i slike situasjoner tilstrekkelig ivaretatt gjennom adgangen til oppsigelse og permittering, når saklig grunn til dette faktisk foreligger.⁷³ Annerledes kan det stille seg dersom en skole eksempelvis har et ekstra stort arbeidskraftbehov ved oppstart hver høst, eller skolen uforutsett er blitt ansvarlig for norskopplæring av en innvandrergruppe for en avgrenset periode. Slike tilfeller vil kunne anses som henholdsvis sesongvariasjoner og uforutsette arbeidstopper. Selv om arbeidsoppgavene som skal utføres er vanlig lærerarbeid, vil skolen ha behov for slik arbeidskraft i større omfang, og arbeidet vil kunne begrenses til "*et bestemt oppdrag*" og gi grunnlag for midlertidige ansettelser. Skoler er i utgangspunktet permanente institusjoner, og arbeidet ved de av varig karakter, slik at det likevel skal mye til for å fravike hovedregelen om fast ansettelse.

Også midlertidig ansettelse for det tilfellet at virksomheten skal foreta en eller annen form for omorganisering, vil som klar hovedregel ikke være et "*bestemt oppdrag*", og dermed

⁷³ Jf. aml. § 15-7 og den ulovfestede permitteringsadgang

ulovlig. I RG-2003-674, åpnet imidlertid lagmannsretten for at det vil kunne ansettes midlertidig i slike situasjoner, dersom omorganiseringen er nært forestående og arbeidstakers interesser blir ivare tatt på en tilbørlig måte. Dette standpunkt ble videre lagt til grunn i Rt-2005-1395. Spørsmålet var her om arbeidsgiver hadde anledning til å ansette arbeidstakeren midlertidig fordi opprettelse av en ny stilling var oppe til vurdering. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg her til lagmannsrettens avgjørelse om at avtalen om midlertidig ansettelse var gyldig, med den begrunnelse at vurderingsprosessen ikke hadde vært uforsvarlig lang. Av dette kan det utledes at omorganisering ikke er en absolutt skranke for adgangen til å inngå tidsbegrensede ansettelsesavtaler. Etter kjennelsen vil i alle fall omorganisering der det planlegges opprettelse av nye stillinger, kunne tilsi lovlige midlertidige ansettelser, dersom gjennomføringen av omorganiseringen skjer innenfor visse tidsrammer. I slike tilfeller vil med andre ord arbeidet kunne anses som et *”bestemt oppdrag”*, selv om arbeidsoppgavene som utføres er vanlige i bedriften.

Av forarbeidene fremgår det også at midlertidig ansettelse som kun er begrunnet i budsjettmessige og økonomiske årsaker, ikke vil være gyldig.⁷⁴ En tilstrekkelig avgrensning av et arbeidsforhold på bakgrunn av usikker økonomi i bedriften vil vanskelig kunne legitimeres, når det aktuelle arbeidet er det som vanligvis utføres. Vilkåret om *”bestemt oppdrag”* vil da ikke være oppfylt. Dette må ses på samme bakgrunn som situasjoner der det er usikkerhet med hensyn til fremtidig arbeidsmengde. Økonomiske problemer ligger i kjernen av hva som kan anses som saklig grunn til oppsigelse eller permittering. Et eksempel til illustrasjon er saken i NAD-1984-583. Arbeidstakerne var ansatt i kommunen ved midler over ekstrahjelpbudsjettet, og hadde fått beskjed om at arbeidsforholdet varte *”så lenge det var penger”*.⁷⁵ Da det var et løpende behov for arbeidskraften, hadde det ikke betydning at det ikke forelå bevilgninger. Arbeidstakerne var å betrakte som fast ansatte, og arbeidsforholdet måtte eventuelt bringes til opphør ved oppsigelse. I Minerydder-dommen viste Høyesterett til finansieringen av Norsk Folkehjelp

⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 179

⁷⁵ Avsnitt 15 fra *”Retten bemerket:”*

som et moment som talte for gyldig avtale om midlertidig ansettelse.⁷⁶ Momentet var imidlertid bare ett av mange som Høyesterett vektla i vurderingen. Dommen, sett i sammenheng med forarbeidsuttalelsene og foreliggende oppsigelses- og permitteringsadgang, tilsier derfor at en midlertidig ansettelse begrunnet i økonomiske årsaker ikke i seg selv kan anses som et *"bestemt oppdrag"*. Økonomien kan likevel ha en viss betydning i den sammensatte gyldighetsvurderingen av midlertidige ansettelser, i hvert fall når det gjelder helt spesielle arbeidsforhold.

Både ekstraordinære og ordinære arbeidsoppgaver kan etter dette oppfylle vilkåret om et *"bestemt oppdrag"*, og således gi grunnlag for gyldige midlertidige ansettelsesavtaler etter aml. § 14-9 (1) a), så lenge den arbeidsmessige avgrensningen er klar nok. Det må likevel stilles strengere krav til en klar definering av arbeidets omfang og varighet når det gjelder utførelse av vanlige løpende arbeidsoppgaver i bedriften. I slike tilfeller er det større risiko for at arbeidsgiver omgår stillingsvernet, enn i tilfeller der det kan vises til at den aktuelle arbeidstaker faktisk trengs for å utføre ekstraordinært arbeid for bedriften.

6.2.2.2 "Bare trengs"

Dersom det aktuelle arbeidsforhold vurderes til å være et *"bestemt oppdrag"*, er altså utgangspunktet at tidsbegrensede arbeidsavtaler etter aml. § 14-9 (1) a) kan inngås. For at arbeidets karakter skal tilsi at det foreligger en gyldig avtale om midlertidig ansettelse, fremgår det imidlertid av forarbeidene at det også er et vilkår at arbeidstaker *"bare trengs"* til det bestemte oppdraget.⁷⁷

Selv om et arbeidsoppdrag isolert sett har en klar arbeidsmessig avgrensning, er det ikke dermed sagt at virksomheten bare trenger arbeidstaker til dette ene oppdraget. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), side 214, utdyper departementet vilkåret *"bare trengs"* nærmere, ved å fremheve at arbeid som er organisert i prosjekt eller som et enkeltstående oppdrag, ikke i

⁷⁶ Rt-2001-1413, på side 1423

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 214

seg selv er tilstrekkelig til å begrunne midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a). Det vises til at det må stilles krav som kan begrunne et midlertidig behov utover det at arbeidet er organisert i prosjekt, og at arbeidsgiveren må ha grunnlag for å tro at arbeidstakeren bare trengs på midlertidig og ikke permanent basis. Av tidligere forarbeider fremgår det videre at det avgjørende bevis for om en midlertidig ansettelse er gyldig eller ikke, ofte finnes i de faktiske sysselsettingsmuligheter vedkommende virksomhet har ved avtalens utløp.⁷⁸

Det er altså særlig for arbeidsgivere som organiserer arbeidet i virksomheten i prosjekter eller lignende, at vilkåret "*bare trengs*" har størst praktisk betydning. Når det gjelder slike virksomheter, er ifølge forarbeidene det klare utgangspunkt at det ikke vil være anledning til å ansette midlertidig dersom det er den samme kompetansen som etterspørres i de ulike prosjektene. Ved stadig å ansette nye arbeidstakere midlertidig i samme type arbeid, vil dette normalt bli ansett som en omgåelse av lovens stillingsvernregler.⁷⁹ Selv om forarbeidene her kun peker på det omgåelsestilfellet at arbeidsgiver ansetter *nye* arbeidstakere, må tilsvarende gjelde i situasjoner der det er *samme* arbeidstaker som stadig tilbys nye tidsbegrensede ansettelsesavtaler. Illustrerende for det utgangspunkt som forarbeidene oppstiller, er RG-1989-66. Arbeidstakerne hadde vært midlertidig ansatt som hjemmehjelpere i kommunen, og ordningen innebar at de ble engasjert på oppdrag knyttet til de enkelte klienter. Tidsbegrensningene ble kjent ugyldige. Hjemmehjelperne hadde straks fått kontrakter om nye klienter etter hvert som de gamle falt fra, slik at det i realiteten dreide seg om sammenhengende arbeidsforhold. Kommunen hadde ikke behov for midlertidig ansatte utover at arbeidet var oppdragsorganisert, og det forelå hele veien sysselsettingsmuligheter etter hvert endt oppdrag.

På bakgrunn av det klare utgangspunktet om at prosjektarbeid i seg selv ikke begrunner midlertidig ansettelse, kan det spørres når vilkåret om at arbeidstaker "*bare trengs*" for å utføre et bestemt arbeid, faktisk kan anses oppfylt. Forarbeidene gir her veiledning, ved å vise til at prosjekter som krever en spesiell kompetanse som virksomheten normalt ikke

⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71

⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 214

etterspør, eller større og sjeldnere prosjekter som forutsetter en bemanning utover det ordinære, vil kunne tilsi lovlig midlertidig ansettelse.⁸⁰

I denne forbindelse kan det vises til NAD-1986-1069. Arbeidsgiver hadde her ansatt arbeidstakere for utleie til et verksted som hadde behov for ekstra hjelpearbeidere til forvarmingsarbeid før sveising. Arbeidsforholdet skulle opphøre uten oppsigelse når arbeidet for verkstedet var avsluttet, og lagmannsretten kom til at tidsbegrensningen i dette tilfellet var gyldig. I begrunnelsen viste retten til at arbeidsgiver hadde ansatt arbeidstakerne for å få utført et helt spesielt arbeid. Forvarming inngikk ikke som en naturlig del av bedriftens vanlige virksomhet, og det kunne bli vanskelig å finne beskjeftigelse for de ansatte på permanent basis. Arbeidstakerne trengtes med andre ord bare for dette konkrete arbeidet. Hadde forvarming vært en vanlig del av arbeidsoppgavene i bedriften, ville saken stilt seg annerledes. Lagmannsretten kunne også ha kommet til motsatt resultat dersom arbeidsgiver hadde hatt grunn til å tro at bedriften i nær fremtid ville motta flere oppdrag som krevde kompetanse nettopp i forvarming. Arbeidstakerne ville i så tilfelle hatt andre sysselsettingsmuligheter etter endt oppdrag hos verkstedet. Dommen illustrerer videre at adgangen til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a), i utgangspunktet ikke er prinsipielt annerledes ved såkalt arbeidsutleie. Når arbeidsgiver er en virksomhet som driver arbeidsutleie, vil virksomheten jevnlig få oppdrag fra ulike oppdragsgivere. Selv om de ulike oppdragsgiverne bare trenger arbeidstakere til et konkret tidsavgrenset arbeid, vil det for utleievirksomheten være mulig å organisere de forskjellige oppdrag slik at det blir tale om kontinuerlig drift. På denne bakgrunn vil ikke en utleievirksomhet gyldig kunne ansette en arbeidstaker for ett enkelt oppdrag. Arbeidstaker vil i slike tilfeller ikke "*bare trengs*" til dette ene oppdraget.⁸¹

I forarbeidene presiseres det at vilkåret "*bare trengs*" ikke kan tolkes så bokstavelig at det utelukker midlertidig ansettelse der arbeidsgiver har grunn til å tro at vedkommende en

⁸⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 214

⁸¹ Se Jakhelln (2000) side 1315

gang i fremtiden vil trenge på midlertidig basis.⁸² Arbeidsgiver vil med andre ord ikke måtte ansette arbeidstaker fast, dersom det er stor usikkerhet om når det samme arbeidskraftbehovet vil melde seg igjen.

I denne forbindelse kan det stilles spørsmål ved adgangen til å avtale midlertidig ansettelse på bakgrunn av sesongmessige svingninger. Når det gjelder slikt sesongbetont arbeid, vet jo arbeidsgiver at nøyaktig samme arbeidskraftbehov vil foreligge år etter år. Dette kunne tilsa at arbeidstaker må ansettes fast for hver sesong. Som det fremgår i punkt 6.2.2.1, har lovgiver imidlertid inntatt det standpunkt at midlertidig ansettelse vil være lovlig i slike tilfeller, selv om arbeidsgiver vet det eksakte tidspunkt for når arbeidskraftbehovet melder seg igjen i fremtiden. Dette må ses i sammenheng med den lite hensiktsmessige løsning det er med faste ansettelser, hvor det er lange opphold mellom hver gang arbeid skal utføres. Mye kan skje med arbeidstakers livssituasjon i løpet av slike lange arbeidsopphold, som for eksempel flytting eller tilbud om nytt arbeid. Jo lengre opphold, desto mindre vil arbeidsforholdet bære preg av fasthet, og behovet for lovens oppsigelsesvern vil ikke være like fremtredende. At midlertidige ansettelser kan skje på bakgrunn av sesongsvingninger, tilsier at vilkåret "*bare trenge*" ikke utelukker midlertidig ansettelse av arbeidstaker etter aml. § 14-9 (1) a), der arbeidsgiver har grunn til å tro at vedkommende ikke vil trenge på i hvert fall ett år frem i tid.

6.2.3 Arbeidsforholdets varighet

Dersom arbeidstaker bare trenge til å utføre et bestemt oppdrag, har virksomheten et tidsbegrenset behov for arbeidskraft, og således i utgangspunktet adgang til å ansette arbeidstaker midlertidig. Spørsmålet er imidlertid hvor langvarig det tidsbegrensede behovet kan være før "*arbeidets karakter*" ikke lenger tilsier en midlertidig ansettelse.

Det ligger helt innlysende i selve begrepet "*midlertidig ansettelse*" at et slikt behov ikke kan være evigvarende. I forarbeidene presiseres det at lengden av ansettelsesforholdet vil

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 331

kunne være relevant ved vurderingen av om en tidsbegrenset avtale er lovlig, og departementet viser til det bakenforliggende hensyn at jo lenger en arbeidstaker har vært ansatt, desto sterkere tilknytning får denne til arbeidsplassen.⁸³ Ved et langvarig midlertidig ansettelsesforhold, er dette også en indikasjon på at bedriften i realiteten har et permanent behov for den aktuelle arbeidskraften. Dette taler igjen for at arbeidstaker skal være beskyttet av lovens oppsigelsesvern.

I Rt-1991-872 kom Høyesterett til at en arbeidstaker som hadde vært midlertidig ansatt i tolv år, måtte anses som fast ansatt. Av dommen kan det utledes et generelt utgangspunkt om at vurderingen av hvor lenge midlertidighet kan aksepteres, vil måtte avgjøres ved en konkret avveining av arbeidstakers interesse i stillingsvern og arbeidsgivers behov for å tidsbegrense arbeidsavtalen. Selv om arbeidsgiver i dette tilfellet hadde et saklig behov for tidsbegrensningen på ansettelsestidspunktet, viste Høyesterett til at det må være grenser for hvor lenge et midlertidig tilsetningsforhold kan vedvare.⁸⁴ Etter et ansettelsesforhold med tolv års varighet, veide altså hensynet til arbeidstakers stillingsvern tyngre enn arbeidsgivers behov for tidsbegrensningen. Arbeidstaker var i denne saken ansatt i en avdelingslederstilling ved et sykehus, og hun utførte ordinære arbeidsoppgaver ved sykehuset. Uttalelsene i dommen har imidlertid også overføringsverdi til tilfeller der arbeidstaker er midlertidig ansatt for å utføre ekstraordinære arbeidsoppgaver i en bedrift. Utgangspunktet er som kjent at arbeidsgiver lovlig vil kunne ansette midlertidig i slike situasjoner. Det må likevel trekkes en tidsmessig grense for når det ekstraordinære arbeidet går over til å være en del av virksomhetens vanlige drift. En produksjonsbedrift ansetter for eksempel en jurist for rådgivning i forbindelse med en oppstått konflikt med en miljøverngruppe. Konflikten trekker ut over flere år, og juristen fungerer som rådgiver for bedriften på et stadig mer omfattende nivå. Selv om ansettelsen i utgangspunktet dreide seg om et konkret avgrenset oppdrag, vil arbeidet med tiden få et stadig mer stabilt og fast preg, som vil kunne tilsi fast ansettelse.

⁸³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

⁸⁴ Rt-1991-872, på side 878

Ved lovendringen i 2005, ble det inntatt en ny bestemmelse i aml. § 14-9 (5) 2. pkt., om at arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år, får det samme oppsigelsesvern som en fast ansatt. Lovgiver har med andre ord inntatt det standpunkt at fire års varighet er den absolutte grense for midlertidighet, og at det ordinære stillingsvernet skal inntre ved arbeidsforhold som varer lenger enn dette. En antitetisk tolkning av bestemmelsen innebærer at arbeidstaker ikke har krav på fast ansettelse før perioden på fire år er utløpt. Det er imidlertid klart at bestemmelsen gir uttrykk for en maksimumsgrense og ikke en minimumsgrense,⁸⁵ slik at den på ingen måte utelukker at arbeidstaker kan anses fast ansatt på et tidligere tidspunkt. Om arbeidstaker på midlertidig kontrakt har krav på fast ansettelse før utløpet av fireårsgrensen, beror på en konkret vurdering av det enkelte arbeidsforhold.

I LF-1994-418, kom lagmannsretten til at det var lovlig å anvende midlertidig ansettelse i tre og ett halvt år. Arbeidstaker var ukvalifisert til stillingen, og hadde blitt ansatt midlertidig i påvente av kvalifisert arbeidskraft. Retten la her stor vekt på det åpenbare behovet arbeidsgiver hadde for tidsbegrensningen. Et moment av betydning var også at arbeidstaker ikke hadde tatt imot tilbud om kurs for å skaffe seg tilleggskompetanse. Det foreligger imidlertid rettspraksis som åpner for at arbeidstaker kan ha krav på fast ansettelse, selv om tilknytningen til bedriften har vært forholdsvis kortvarig. I Rt-2006-1158, kom Høyesterett til at en tjenestegjøring på fjorten måneder innebar en tilstrekkelig fast tilknytning til virksomheten for at den midlertidige ansettelsen av arbeidstaker måtte anses ulovlig. Også i LF-1999-508, fikk arbeidstaker medhold i at den midlertidige ansettelsen hadde vært ulovlig, til tross for at arbeidsforholdet ikke hadde vart lenger enn et drøyt halvår.⁸⁶ I begge dommene ble det lagt avgjørende vekt på at arbeidsgiver i realiteten hadde et løpende og permanent behov for arbeidskraft, og således skulle ha økt grunnbemanningen av faste ansatte i stedet for å dekke behovet med tidsbegrensede engasjementer. Lagmannsrettens flertall uttalte blant annet: *”Når et generelt behov lar seg*

⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 218

⁸⁶ Rt.2006,s.1158 og LF-1999-508, gjaldt også såkalte tilkallingsavtaler, og reguleres ikke direkte av aml. § 14-9 (1) a). Dommene har likevel relevans, se fotnote nr. 56

*konstatere, får det ikke avgjørende betydning at den aktuelle arbeidstaker (...) har hatt relevant tilknytning til bedriften i en relativt kort periode”.*⁸⁷

I vurderingen av varighetens betydning for gyldigheten av en midlertidig ansettelse på bakgrunn av *”arbeidet karakter”*, vil eventuelle forlengelser eller fornyelser av arbeidskontrakten kunne være en viktig rettesnor.⁸⁸ Jo flere ganger arbeidsforholdet blir forlenget, desto mer tyder det på at arbeidsgiver har et permanent behov for den aktuelle arbeidskraften. I tillegg vil arbeidstaker føle en stadig sterkere tilknytning, og få stadig høyere forventninger om fast arbeid i bedriften, etter hvert som forlengelsene skjer. Som det fremgår av forarbeidene, vil årsaken til de eventuelle forlengelsene være en viktig tolkningsfaktor.⁸⁹ Dersom bakgrunnen for forlengelsen er at det generelle arbeidskraftbehovet i virksomheten stadig øker, kan mye tyde på at arbeidsgiver forsøker å omgå stillingsvernet. I slike tilfeller vil det i realiteten være behov for en fast ansatt. Skjer imidlertid forlengelsen fordi et bestemt og avgrenset prosjekt tar lenger tid enn forventet, eller på bakgrunn av uforutsette begivenheter som har forsinket prosjektet, taler dette for at avtalen om midlertidig ansettelse er gyldig til tross for forlengelsen. I LF-1994-418 som er omtalt over, ble forlengelser av arbeidskontrakten til en ukvalifisert arbeidstaker ansett å være innenfor rammen av en gyldig midlertidig ansettelse. At arbeidsgiver ønsket å holde den faste stillingen åpen for en med de rette kvalifikasjoner ble ansett saklig, og bar ikke preg av noe omgåelsesforsøk.

Som rettspraksis illustrerer, lar det seg ikke gjøre å fastsette en konkret varighetsgrense for lovligheten av midlertidige ansettelser når *”arbeidets karakter”* tilsier det. Varigheten av arbeidsforholdet er ett av mange relevante momenter i gyldighetsvurderingen. Jo lenger et midlertidig arbeidsforhold har vedvart, og jo flere forlengelser eller fornyelser som har skjedd, desto mer taler dette likevel for at det rettslig sett foreligger et fast ansettelsesforhold.

⁸⁷ LF-1999-508, avsnitt 2 etter at lagmannsrettens flertall viser til at anken må gis medhold

⁸⁸ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

6.2.4 Organiseringen av arbeidsforholdet og partenes forutsetninger

Av forarbeidene fremgår det at arbeidsgivers organisering av de tidsbegrensede arbeidsforhold i bedriften, er et moment som kan tas i betraktning i vurderingen av om "*arbeidets karakter*" gir adgang til midlertidig ansettelse.⁹⁰ Dersom det oppstår tvist om et arbeidsforhold er fast eller midlertidig, vil manglende klarhet og ryddighet rundt organiseringen av de midlertidige kontrakter, tale for at det i realiteten foreligger et fast arbeidsforhold. Momentet kan ses i sammenheng med skriftlighetskravet for midlertidige ansettelser, som er begrunnet i arbeidstakers behov for klarhet og forutberegnelighet.⁹¹ Jo tydeligere rammene rundt arbeidsforholdet fremstår for arbeidstaker, desto mindre betenkelig er det at arbeidstaker ikke er beskyttet av det ordinære oppsigelsesvern. I LF-1994-418, la lagmannsretten arbeidsgivers organisering av ansettelsesavtalene til grunn som et moment i gyldighetsvurderingen av de aktuelle tidsbegrensninger. Retten viste her til at hver enkelt avtale hadde berodd på et klart uttrykt midlertidig ansettelsesforhold, og at midlertidigheten var klart begrenset og definert. De ytre rammer for arbeidsforholdet talte således for at tidsbegrensningene var gyldige.⁹²

Det er likevel klart at momentet om ryddig organisering av arbeidsforholdet ikke i seg selv innebærer at "*arbeidets karakter*" tilsier midlertidig ansettelse. Som tidligere nevnt vil ikke det at arbeidet er organisert i prosjekt eller lignende alene medføre at tidsbegrensningen er gyldig, det må foreligge et behov for midlertidighet utover organiseringen. Arbeidsgiver kan med andre ord ikke kamuflere seg bak en ryddig organisering av de midlertidige arbeidsforhold, dersom realitetsinnholdet av arbeidet tilsier fast ansettelse.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

⁹¹ Se fremstillingen i punkt 3

⁹² LF-1994-418, avsnitt 7 og 8 etter "*Lagmannsretten vil bemerke:*"

Videre pekes det i forarbeidene på at også partenes forutsetninger vil kunne ha en viss betydning for gyldighetsvurderingen av midlertidige ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a).⁹³ Hvilken betydning dette momentet har for innholdet av "*arbeidets karakter*", kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 7.

6.2.5 Mangel på kvalifisert personell

En særskilt problemstilling oppstår i de tilfeller der arbeidsgiver søker nye arbeidstakere til virksomheten, men hvor det ikke er kvalifiserte søkere til den ledige stillingen. For at stillingen ikke skal bli stående ubesatt, vil arbeidsgiver kunne ha et behov for å ansette arbeidstaker midlertidig, i påvente av at kvalifisert arbeidskraft skal dukke opp.

Problematikken rundt manglende kvalifisert personell har gjennom årene vært særlig aktuell innenfor helsesektoren. Det er da ikke bare virksomheten som kan bli skadelidende hvis stillingen ikke er operativ. Også hensynet til at pasienter skal få forsvarlig oppfølging, er sentralt i slike tilfeller. Spørsmålet er om "*arbeidets karakter*" kan tilsi at det i mangel på kvalifisert personell kan foretas lovlig midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker.

Å være ukvalifisert til en stilling, innebærer i denne sammenheng å ikke oppfylle spesielle kompetansekrav som er satt for å kunne utføre det aktuelle arbeidet. Slike krav kan blant annet følge av lov og forskrift gitt i medhold av lov. Et eksempel er § 3 i forskrift av 23. november 1983 nr.1779, gitt med hjemmel i kommunehelsetjenesteloven av 19. november 1982, hvor det stilles krav blant annet til helsesøster- og sykepleierkompetanse.

Aml. § 14-9 (1) a) er taus om adgangen til å ansette midlertidig for de tilfeller det ikke foreligger kvalifisert arbeidskraft. Da arbeidsmiljøloven opprinnelig ble vedtatt den 17. juni 2005, var det i § 14-9 (1) d) en uttrykkelig hjemmel for midlertidig ansettelse av arbeidstaker som ikke oppfyller lovbestemte kvalifikasjonskrav.⁹⁴ Bestemmelsen ble imidlertid opphevet før den trådte i kraft, og i forarbeidene til någjeldende bestemmelse

⁹³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) side 214

fremgår det at gyldighetsvurderingen vedrørende ansettelse av ukvalifiserte arbeidstakere, skal knyttes opp mot vilkåret "*arbeidets karakter*".⁹⁵ Med dette ble den tidligere rettstilstand gjeninnført, og departementet så ut til å forutsette at gjeldende rett åpner for en viss adgang til midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker.

Forarbeidene drøfter imidlertid ikke problemstillingen noe videre. Den nærmere vurdering av adgangen til midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker etter aml. § 14-9 (1) a), må derfor skje med utgangspunkt i hvilke momenter Høyesterett har lagt vekt på.

Rt-1985-1141 (Ergoterapeut-dommen), omhandlet tre aktivitører som var midlertidig ansatt i ergoterapeut-stillinger ved et sykehus. Høyesterett kom her til at avtalene om tidsbegrensede ansettelser var lovlige. I begrunnelsen ble hensynet til pasientene ved sykehuset, og den blokkeringsfare som kunne oppstå når det gjaldt andre interesserte ergoterapeuter, tillagt stor vekt. Momentene illustrerer at omfanget av adgangen til midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidskraft, ikke bare har betydning for partene i det konkrete arbeidsforholdet. Ved å gi ukvalifiserte arbeidstakere det sterke stillingsvern som en fast ansettelse innebærer, kan dette hindre pasienter i å få bedre behandlingstilbud fra personell som innehar større fagkompetanse, samtidig som andre kvalifiserte arbeidstakere vil kunne oppleve en urimelig utestenging fra arbeidslivet. Hensynet til tredjeparter gjør slike arbeidsforhold særegne, og "*arbeidets karakter*" tilsier således at adgangen til midlertidig ansettelse av ukvalifiserte arbeidstakere skal være større enn i de tilfeller der ansettelsen kun har betydning for avtalepartene.

Selv om hensynet til tredjeparter tilsier en nokså utstrakt bruk av tidsbegrensede arbeidsavtaler for ukvalifiserte arbeidstakere, begrenset Høyesterett adgangen ved å vise til at det må være et saklig behov for den midlertidige ansettelsen. Foreligger ikke et slikt saklig behov, tilsier ikke "*arbeidets karakter*" noen tidsbegrensning. I foreliggende sak la førstvoterende til grunn at det å ha flest mulig ergoterapeuter besatt i

⁹⁵ Ot.prp. nr. 24 (2005-06) side 5

ergoterapeutstillingene slik det fremgikk av sykehusets bemanningsplan, var helt ut saklig. I denne forbindelse viste førstvoterende til forklaringer fra spesiallege og ledende ergoterapeut, om at ergoterapeuter har en langt bedre faglig bakgrunn enn aktivtørene. For det første illustreres her at det ikke er en absolutt betingelse at kvalifikasjonskravene fremgår av lov eller forskrift. Dommen viser at kvalifikasjonskrav som arbeidsgiver har fastsatt i en bemanningsplan vil kunne aksepteres som grunnlag for midlertidig ansettelse, så lenge kravene er realistiske og saklig fundert. At Høyesterett viste til uttalelsene fra spesiallege og ledende ergoterapeut, illustrerer for det andre at det partene i arbeidslivet selv mener, kan være av stor betydning for innholdet av saklighetskravet. Avtalepartene vil ofte være nærmere til å foreta faglige vurderinger av hva som er saklig i det konkrete arbeidsforholdet, enn domstolene.

Høyesterett oppstilte også et krav om at midlertidig ansettelse av ukvalifiserte arbeidstakere må begrenses til det som er strengt nødvendig, for at "*arbeidets karakter*" skal kunne tilsi midlertidigheten. Det må kunne utledes at nødvendighetsbegrensningen knytter seg til både omfang og tid. Videre må det i et slikt nødvendighetskrav kunne innfortolkes at arbeidsgiver må gjøre visse anstrengelser for å få tak i personer med de ønskede kvalifikasjoner.⁹⁶ Dersom det ikke er foretatt tilstrekkelige handlinger fra arbeidsgivers side for å skaffe kvalifisert arbeidskraft til veie, vil en midlertidig ansettelse av en ukvalifisert arbeidstaker lett kunne karakteriseres som en omgåelse av stillingsvernet. Til illustrasjon kan nevnes en underrettsdom hvor en kommune fikk medhold i at saksøkeren hadde vært lovlig midlertidig ansatt.⁹⁷ Til tross for en rekke offentlige kunngjøringer, hadde ikke kommunen klart å ansette en kvalifisert person, og "*arbeidets karakter*" tilsa med dette at den ukvalifiserte arbeidstakeren kunne ha en tidsbegrenset kontrakt.

Ergoterapeut-dommen må ses i sammenheng med avgjørelsen inntatt i Rt-1991-872 (Avdelingsleder-dommen). Saken omhandlet en hjelpepleier som hadde vært midlertidig ansatt som assisterende avdelingsleder ved et sykehus i tolv år. Også her var

⁹⁶Se Jakhelln og Aune (2006) side 706

⁹⁷ Sør-Gudbrandsdal herredsretts dom av 16.desember 1996

tidsbegrensningen begrunnet i manglende nødvendige kvalifikasjoner etter institusjonens bemanningsplan. Arbeidstaker fikk i dette tilfellet medhold i sitt krav om fast ansettelse. Førstvoterende viste til at det i utgangspunktet forelå et saklig behov for midlertidig ansettelse, da motivet med kvalifikasjonskravene hadde vært å sikre institusjonen en best mulig faglig standard. I motsetning til i Ergoterapeut-dommen, ble imidlertid kravene ansett å være lite realistiske. Mens det i Ergoterapeut-dommen var en berettiget forventning om at kvalifiserte søkere skulle dukke opp, hadde det i Avdelingsleder-dommen vært alvorlig mangel på personale med bemanningsplanens kompetansekrav i hele den perioden arbeidstakeren hadde fungert i stillingen. Da arbeidstakeren i realiteten ikke hadde blokkert for kvalifiserte søkere, tilsa altså ikke *”arbeidets karakter”* en gyldig midlertidig ansettelse.

Nytt i Avdelingsleder-dommen, er at Høyesterett tok stilling til de spørsmål som oppstår når midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker skjer over lengre tid. I denne forbindelse uttalte førstvoterende at det må være *”grenser for hvor lenge kvalifikasjonskrav (...) kan begrunne midlertidig tilsetting i stilling arbeidstakeren ikke er formelt kvalifisert for, men har fylt.”*⁹⁸ Av dette kan det utledes at midlertidig ansettelse ikke lenger er strengt nødvendig når arbeidstaker har vært ansatt så lenge at tilstrekkelig kompetanse er tilegnet. Det vil i slike situasjoner ikke være noen realitetsforskjell på arbeidsutførelsen mellom arbeidstaker som ikke formelt fyller kvalifikasjonskravene, og de som gjør det. At stillingsvern hensynet til arbeidstaker veier tyngre jo lenger ansettelsesforholdet varer, og at hensynet til tredjepersoner vil være ivaretatt ved den tilegnede kompetansen, tilsier derfor at ukvalifisert arbeidstaker skal anses fast ansatt. Etter en viss tid begrunner altså ikke *”arbeidets karakter”* lenger en midlertidig ansettelse.

Inntakelsen av fireårsregelen i aml. § 14-9 (5) 2. pkt., innebærer at dette nå er den øvre tidsgrense for når midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker kan anses nødvendig, og således gyldig. Høyesteretts godkjenning av halvannet år som strengt nødvendig i

⁹⁸ Rt-1991-872, side 876

Ergoterapeut-dommen, taler for at "*arbeidets karakter*" i hvert fall kan tilsi midlertidighet innenfor dette tidsrom. Dommen illustrerer imidlertid hvilken sammensatt gyldighetsvurdering som kreves ved vurderingen, og hvor lang varighet som ligger innenfor rammene av nødvendighetskravet kan derfor ikke fastsettes klart.

Etter dette kan det legges til grunn at aml. § 14-9 (1) a) ikke hjemler en generell adgang til å ansette ukvalifisert personell midlertidig. "*Arbeidets karakter*" kan likevel tilsi midlertidig ansettelse i slike situasjoner, dersom ansettelsen etter en konkret helhetsvurdering er begrenset til det som er strengt nødvendig, og herunder holdes innenfor visse tidsmessige rammer, i tillegg til at kvalifikasjonskravene er realistiske og saklig begrunnet.

Begge de overnevnte dommene omhandler arbeidsforhold innenfor helsesektoren. Et spørsmål er dermed om adgangen til midlertidig ansettelse av ukvalifisert personell etter aml. § 14-9 (1) a), er den samme utenfor denne bransjen.

Hensynet til tredjeparter ble av Høyesterett ansett som et av de viktigste momentene som kunne lovgjøre midlertidig ansettelse av ukvalifisert arbeidstaker. I arbeidsforhold der dette hensynet ikke gjør seg gjeldende, er det derfor tvilsomt om arbeidsgiver gyldig kan ansette midlertidig på dette grunnlag. Det finnes imidlertid arbeidsforhold utenfor helsesektoren der bedriften kan ha et reelt behov for å ansette ukvalifiserte arbeidstakere midlertidig. For eksempel vil det innenfor skole- og barnehagesektoren, ha stor betydning for elever og barnehagebarn at stillingene besettes med kompetent personell. Illustrerende er saken inntatt i LF-1994-418. Midlertidig ansettelse i tre og et halvt år av en ukvalifisert førskolelærer i en barnehage, ble her ansett lovlig. Momentene utledet av Ergoterapeut- og Avdelingsleder-dommen, som saklighets- og nødvendighetskravet, kan videre sies å være forholdsvis generelle, og dermed overførbare til andre typer arbeidsforhold. Hvilken adgang det er til midlertidig ansettelse av ukvalifisert personell utenfor helsesektoren, må derfor bero på en konkret vurdering av om det enkelte arbeidsforhold oppfyller de domstolsskapte vilkår.

7 Betydningen av at arbeidstaker selv ønsker midlertidig ansettelsesavtale

Dersom ikke ”*arbeidets karakter*” lovliggjør et midlertidig ansettelsesforhold, vil som nevnt arbeidstaker ha krav på fast ansettelse i tråd med hovedregelen i aml. § 14-9 (1).

I visse tilfeller vil det likevel kunne være i arbeidstakers egen interesse å være midlertidig framfor fast ansatt. Til illustrasjon kan nevnes saksforholdet i Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 23. juli 2007.⁹⁹ I denne saken hadde arbeidstaker av eget ønske vært midlertidig ansatt som overlege ved et sykehus i rundt fem år. Bakgrunnen var at hun hadde fast bopel og familie i Stockholm, og hennes situasjon som pendler gjorde det vanskelig å gå inn i en vaktordning knyttet til de faste stillingene ved sykehuset. De midlertidige ansettelseskontraktene innebar at hun fikk tilbud om mer konsentrert arbeidstid, hvilket passet bedre for hennes livssituasjon.

Spørsmålet er hvilken betydning det har at arbeidstaker selv ønsker en midlertidig ansettelsesavtale, til tross for at det foreligger et krav på fast ansettelse etter aml. § 14-9 (1).

Vurderingen må tas med utgangspunkt i aml. § 1-9. Av denne bestemmelsen fremgår det at ”*Loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt.*” Partene i et arbeidsforhold kan med andre ord ikke avtale en mindre gunstig løsning for arbeidstaker enn hva som følger av arbeidsmiljøloven, med mindre den enkelte lovbestemmelse uttrykkelig gir grunnlag for dette. Aml. § 1-9 er imidlertid ikke til hinder for at det inngås avtaler som er gunstigere for arbeidstaker enn det som følger av arbeidsmiljøloven. Hva som er til arbeidstakers fordel og ulempe i den konkrete situasjon, er ikke alltid enkelt å avgjøre. Det første som må tas stilling til er derfor om en midlertidig ansettelsesavtale på bakgrunn av arbeidstakers eget ønske, vil være en ”*avtale til ugunst for arbeidstaker*”. Dersom en midlertidig arbeidsavtale gir arbeidstaker dårligere vilkår enn de

⁹⁹ Jf. LH-2007-102431. Saken gjaldt direkte et krav om gjeninntredelse, men saksforholdet kan likevel belyse foreliggende problemstilling

rettigheter som følger av aml. § 14-9, vil ufravikelighetsregelen i aml. § 1-9 medføre at midlertidigheten vil være ugyldig.

Isolert sett tilsier en direkte ordlydsforståelse at en midlertidig ansettelsesavtale ikke vil være en avtale til ugunst for arbeidstaker, når det er arbeidstaker selv som ønsker tidsbegrensningen. Ordlyden må imidlertid tolkes i lys av bakgrunnen for at arbeidsmiljøloven er gjort ufravikelig. Selv om arbeidstakere på mange områder stadig får en større medbestemmelsesrett, er arbeidsretten fortsatt preget av det underordningsforhold som arbeidsavtalen medfører mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidstaker står tradisjonelt svakere enn arbeidsgiver i en forhandlingsposisjon. Ufravikelig lovgivning skal med dette sørge for at arbeidstaker ikke kan fraskrive seg de minimumsrettigheter som loven oppstiller.¹⁰⁰ Uten slik tvingende lovgivning, ville arbeidstakere kunne føle seg presset til å gå med på arbeidsordninger utover lovens grenser, i frykt for å miste jobben ved å motsi arbeidsgiver.

Hva som ligger i *”avtale til ugunst for arbeidstaker”*, må derfor ses i sammenheng med hva som objektivt sett er i strid med intensjonen bak den enkelte lovbestemmelse. Utformingen av aml. § 14-9 er et resultat av lovgivers vurdering og fastsetting av at faste ansettelsesforhold gir arbeidstakere bedre rettigheter enn midlertidige ansettelsesforhold.¹⁰¹ Etter arbeidsmiljøloven er det altså per definisjon ikke en fordel å være midlertidig ansatt. Selv om en midlertidig arbeidsavtale subjektivt kan virke gunstigere for arbeidstaker enn en fast ansettelse, har ikke dette betydning.

Der det foreligger et krav på fast ansettelse etter aml. § 14-9 (1), vil en midlertidig arbeidsavtale på bakgrunn av arbeidstakers eget ønske, etter dette være en *”avtale til ugunst for arbeidstaker”*. Ufravikelighetsregelen i aml. § 1-9 innebærer at slike

¹⁰⁰ Jakhelln (2006) side 131

¹⁰¹ Se bl.a. Innst.O. nr. 2 (1994-1995) side 29, hvor komitéen sterkt understreker at arbeidstakere er best tjent med og føler størst trygghet ved at de er fast ansatt

midlertidige ansettelser vil være ugyldige, og arbeidstakers eget ønske vil således være uten betydning.

Det neste som må tas stilling til, er om aml. § 14-9 fastsetter et særskilt grunnlag for at bestemmelsen kan fravikes ved avtale til arbeidstakers ugunst.

Det følger uttrykkelig av aml. § 14-9 (3), at landsomfattende arbeidstakerorganisasjon kan inngå tariffavtale med en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening om adgang til midlertidig ansettelse innenfor arbeidstakergrupper som skal utføre kunstnerisk arbeid, forskningsarbeid eller arbeid i forbindelse med idrett. Bestemmelsen åpner altså for en særskilt tariffavtaleadgang om midlertidige ansettelser, uten hinder av de ellers gjeldende regler i aml. § 14-9. At det er en utvidet avtaleadgang til tross for de tungtveiende vernehensyn som ligger bak tvingende lovgivning, må ses på bakgrunn av at behovet for ufravelige regler ikke er like stort når det er organisasjonene som forhandler.

Styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver jevnes da ut.¹⁰² Aml. § 14-9 (3) viser dessuten til at det kun er landsomfattende arbeidstakerorganisasjoner som kan inngå slike avtaler, og at den utvidede avtaleadgangen mellom tariffpartene bare har betydning for arbeidstakere innenfor de nevnte yrkesgrupper. Utover dette hjemler ikke aml. § 14-9 noen adgang for partene til å inngå mindre gunstige avtaler for arbeidstaker enn hva som følger av bestemmelsen.

Det klare utgangspunktet er altså at lovens ufravelighet hindrer arbeidstakers eget ønske i å ha noen betydning for adgangen til å inngå midlertidig arbeidsavtale. Av forarbeidene fremgår det likevel enkelte uttalelser som kan synes å tillegge arbeidstakers eget ønske en viss vekt i lovlighetsvurderingen av om *”arbeidets karakter”* tilsier midlertidig ansettelse. På bakgrunn av dette kan det reises spørsmål om hvilken betydning arbeidstakers eget ønske kan ha for adgangen til å inngå lovlig midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1) a), uten hinder av aml. § 1-9.

¹⁰² Jakhelln (2007) side 131

Ut fra en direkte ordlydsforståelse av aml. § 14-9 (1) a), er det ingenting som tyder på at arbeidstakers eget ønske kan gi grunnlag for en lovlig midlertidig ansettelse, da *”arbeidets karakter”* peker på forhold ved selve arbeidet og ikke ved arbeidstaker. I forarbeidene til den tidligere § 58A nr.1 a), som tilsvarende dagens § 14-9 (1) a), fremgår det imidlertid at *”partenes forutsetninger”* vil kunne være et moment i vurderingen av om *”arbeidets karakter”* lovliggjør en midlertidig ansettelse.¹⁰³ Hva som ligger i begrepet *”partenes forutsetninger”* er ikke helt klart. En naturlig forståelse tilsier at avtalepartenes egne ønsker om at arbeidsforholdet skal være midlertidig, omfattes.

I forarbeidene uttaler departementet at partenes forutsetninger i en tvilssituasjon vil kunne ha en viss betydning for bedømmelsen av lovligheten av midlertidige tilsetninger. Videre uttales det at det ikke kan avtales midlertidig tilsetning i strid med reglene i § 58 nr. 7 (dagens § 14-9), selv om partene skulle ønske det, og at en avtale mellom partene i seg selv således ikke er nok til at det midlertidige arbeidsforholdet er lovlig.¹⁰⁴ Med dette ser forarbeidene ut til å foreta en grensedragnings for når partenes forutsetninger vil kunne være et tolkningsmoment i lovlighetsvurderingen av om *”arbeidets karakter”* tilsier en midlertidig ansettelsesavtale, og når lovens ufravikelighet vil være en skranke for midlertidige ansettelsesavtaler etter ønske fra partene.

Det at forarbeidene i det hele tatt viser til partenes forutsetninger som et moment i bedømmelsen av lovligheten, taler for at arbeidstakers eget ønske i det minste kan ha en viss betydning i tolkningsprosessen av om *”arbeidets karakter”* tilsier et midlertidig arbeidsforhold. Ved å understreke at partenes forutsetninger kun vil ha betydning for lovlighetsvurderingen i en tvilssituasjon, legger imidlertid forarbeidene til grunn at betydningen av momentet skal være begrenset. Nærmere presiseringer fremkom under Arbeidslivslovutvalgets utredning i NOU 1992: 20. Flere av utvalgets medlemmer ga her uttrykk for at det i tolkningsprosessen skal legges begrenset vekt på partenes forutsetninger,

¹⁰³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) side 166

og at dette momentet bare vil kunne tillegges betydning når øvrige momenter ikke er utslagsgivende.¹⁰⁵ Med andre ord må arbeidstakers eget ønske anses å være et såkalt vippe-moment. Dette innebærer at midlertidige ansettelsesavtaler etter aml. § 14-9 (1) a) ikke kan inngås på bakgrunn av arbeidstakers eget ønske, dersom det ikke foreligger andre forholdsvis tungtveiende momenter ved "*arbeidets karakter*" som tilsier en tidsbegrensning.

Aml. § 1-9 hindrer således at arbeidstakers eget ønske kan ha noen selvstendig betydning for adgangen til å inngå midlertidig ansettelsesavtale etter aml. § 14-9 (1) a). Momentet kan kun tillegges begrenset vekt i lovlighetsvurderingen som et støttemoment opp mot andre tungtveiende momenter som taler i samme retning.

Det kan i utgangspunktet virke som et paradoks at en regel som skal verne om det arbeidstakerne er best tjent med, samtidig rettslig sett utelukker at arbeidstaker kan inngå en midlertidig arbeidsavtale etter eget ønske. På den annen side kan det spørres hvilket behov arbeidstaker i realiteten har for en utvidet avtaleadgang når det gjelder aml. § 14-9 (1).

Selv om arbeidstaker har krav på fast ansettelse i tråd med hovedregelen, regulerer ikke aml. § 14-9 (1) hvor stor stilling den fast ansatte arbeidstaker skal ha.¹⁰⁶ Arbeidstakers rett og plikt til arbeid, vil i utgangspunktet bero på den individuelle arbeidsavtalen som inngås med arbeidsgiver. Lovens ufravikelighet er således ikke til hinder for at partene seg i mellom avtaler selve omfanget av den faste ansettelsen. En alenemor som har omsorgen for barnet sitt tre uker i måneden, kan for eksempel inngå en arbeidsavtale med arbeidsgiver om en fast deltidsstilling på en uke per måned. Den individuelle arbeidsavtalen må riktignok holdes innenfor rammene av en eventuell tariffavtale, og det er grenser for hvor langt avtalens innhold kan tøye ordlyden "*ansettes fast*" i aml. § 14-9 (1). Poenget er at det

¹⁰⁵ NOU 1992: 20 side 172

¹⁰⁶ Se bl.a. NOU 1998:15 side 55

som hovedregel ikke er noen realitetsforskjell på innholdet av et fast og midlertidig ansettelsesforhold, i den tid arbeidsforholdet består.

Skillet mellom en fast og midlertidig ansettelse tydeliggjøres først og fremst ved arbeidsforholdets avvikling. Mens midlertidige ansettelsesavtaler som kjent opphører av seg selv ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er avsluttet,¹⁰⁷ gjelder det for faste ansettelser en gjensidig oppsigelsesfrist mellom partene på minimum en måned.¹⁰⁸ Det kan tenkes arbeidstakere som ønsker et midlertidig arbeidsforhold på bakgrunn av at de ikke vil være bundet til arbeidsgiver i en lang oppsigelsestid. Selv om en fast ansatt ikke på forhånd kan fraskrive seg det vern aml. § 15-3 oppstiller, er det imidlertid ingenting i veien for at det kan inngås avtale med arbeidsgiver om umiddelbar fratreden rett etter at oppsigelsen er gitt.¹⁰⁹ Arbeidstakere kan med andre ord i prinsippet levere oppsigelse en dag, for så å være fritatt fra arbeidsplikt dagen etter.

Etter dette kan det legges til grunn at arbeidstaker i realiteten vil ha et begrenset behov for å inngå avtale om midlertidig ansettelse utenfor rammene av arbeidsmiljølovens ufravikelihood.

8 Oppsummering/konklusjon

Hvilken adgang det er til midlertidig ansettelse av arbeidstaker etter aml. § 14-9 (1) a), lar seg ikke sammenfatte på en enkel måte. Hvor grensene går for hva som er lovlig og ulovlig midlertidig ansettelse etter bestemmelsen, er ikke mulig å si med sikkerhet i alle sammenhenger. Avgjørende for lovligheten vil alltid være om ”*arbeidets karakter*” etter en konkret helhetsvurdering tilsier en tidsbegrensning i det enkelte tilfellet.

¹⁰⁷ Jf. aml. § 14-9 (5) 1. pkt

¹⁰⁸ Jf. aml. § 15-3

¹⁰⁹ Jakhelln og Aune (2006) side 59

I tilfeller der arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, vil utgangspunktet være at "*arbeidets karakter*" lovliggjør en midlertidig ansettelse. Det må riktignok trekkes en tidsmessig grense for når arbeidsoppgaver som opprinnelig var ekstraordinære går over til å være en del av virksomhetens vanlige drift.

Tolkningsproblemene knytter seg likevel først og fremst til de tilfeller der arbeidsoppgavene etter sin art tilsvarer eller ligger nær opp til de arbeidsoppgaver som ordinært utføres i virksomheten. Her må det ut fra de ulike rettskildene utledes slutninger fra det mer sikre til det mer usikre.¹¹⁰ Videre kreves det særlig sammensatte og komplekse vurderinger når det gjelder arbeidsforhold av spesiell karakter.

¹¹⁰ Allstrin (2008) side 76

9 Kilder

9.1 Litteraturliste

Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig *Endring og opphør av arbeidsforhold*. Oslo, 2008

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*. Oslo, 2006

Jakhelln, Henning *Arbeidsrettslige studier III*. Oslo, 2000

Jakhelln, Henning og Helga Aune *Arbeidsrett.no*. 2.utg. Oslo, 2006

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg., 2. opplag. Oslo, 2007

9.2 Lovregister

1927 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai nr. 1

1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7. desember nr. 2 (opphevet)

1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av 30. mai nr. 18

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4 (opphevet)

1982 Lov om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) av 19. november nr. 66

- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars nr. 3
- 1988 Lov om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven) av 6. mai nr. 22
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar nr. 19
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni nr. 62

9.3 Direktiv

- 1991/533/EØF Rådets direktiv av 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til at underrette arbeidstageren om vilkårene for arbeidskontrakten eller ansættelsesforholdet
- 1999/70/EF Rådets direktiv av 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse

9.4 Forskrift

- 1983 Forskrift om lovbestemt sykepleietjeneste i kommunens helsetjeneste av 23. november nr. 1779

9.5 Forarbeider

- NOU 1992: 20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle
- NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)

Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v

Ot.prp. nr. 78 (1993-1994)

Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)

Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Innst.O. nr. 2 (1994-1995)

Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Forhandlinger i Odelstinget nr. 3 og nr. 4 (1994-1995)

Sak nr. 1. Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

9.6 Rettspraksis

9.6.1 Høyesterettsdommer

Rt-1985-1141	(Ergoterapeut)
Rt-1991-872	(Avdelingsleder)
Rt-1992-729	(kjennelse)
Rt-2001-1413	(Minerydder)
Rt-2005-826	
Rt-2005-1395	(kjennelse)
Rt-2006-1158	(Ambulansetjeneste)
Rt-2007-129	

9.6.2 Lagmannsrettsdommer

NAD-1986-1069	Gulating lagmannsretts dom av 19. desember 1986
LF-1994-418	Frostating lagmannsretts dom av 20. februar 1995
LF-1999-508	Frostating lagmannsretts dom av 29. oktober 1999
RG-2003-674	Frostating lagmannsretts dom av 14. februar 2003
LH-2007-102431	Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 23. juli 2007

9.6.3 Tingrettsdommer

NAD-1984-510	Bergen byretts dom av 19. februar 1985
NAD-1984-583	Tromsø byretts dom av 16. april 1985
RG-1989-66	Indrerøy herredsretts dom av 11. januar 1988
Sør-Gudbrandsdal	herredsretts dom av 16. desember 1996

